/14 184

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOLUME II.

Prezzo L. 6

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE SPECIALE

VOL. II.

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

MEMBRO ONORARIO DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA, SOCIO CORRISPONDENTE DELLA REALE DEL BELGIO, SOCIO DELL'ATENEO DI BRESCIA E DELLE REALI ACCADEMIE DI LUCCA, DI MODENA, DI MACERATA E DI URBINO, MEMBRO DELLA COMMISSIONE INCARICATA DEL PROGETTO DI CODICE PENALE ITALIANO, PRESIDENTE DELLA CAMERA DEGLI AVVOCATI PRESSO LA R. CORTE DI APPELLO DI LUCCA

PARTE SPECIALE

OSSIA

ESPOSIZIONE DEI DELITTI IN SPECIE

CON AGGIUNTA DI NOTE

PER USO DELLA PRATICA FORENSE

TERZA EDIZIONE

VOL. II.

LUCCA

TIPOGRAFIA GIUSTI

1873

PARTE SPECIALE

(SEGUE) SEZIONE PRIMA

DELITTI NATURALI

CLASSE SECONDA

DELITTI CHE OFFENDONO LA PERSONA SENZA TOGLIERLE LA VITA

CAPITOLO I.

Idea e contenuto *della* classe.

§. 1366.

Tutti i diritti appartengono alla persona umana. E perciò se la rubrica della presente classe s'intendesse nel mero riguardo soggettivo del diritto, potrebbe dirsi comprendere tutti quanti i malefizi, perchè con tutti si offende sempre la persona in un suo diritto. Ma in questa rubrica il diritto della persona vuol essere guardato nella sua oggettività, la quale non deve essere fuori di lei, ma in lei stessa. Qui dunque vengono a chiudersi tutte quelle offese con le quali si ledono i diritti che ha la persona umana per il fine della integrale conservazione del

proprio essere, indipendentemente da qualsisia godimento di cosa esteriore che alla umana personalità si congiunga, come la proprietà, la famiglia, l'onore, e sotto certi rapporti anche la libertà: li quali diritti la persona non gode sopra sè stessa, ma li gode sopra un termine qualunque di relazione esteriore.

§. 1367.

Così la umana natura non potendo sempre bastare a sè medesima in certi periodi della vita, ed in certi stati e condizioni di debolezza o d'infermità, un uomo può avere il diritto sovra certi altri determinati uomini, affinchè prendano cura della sua persona. E cotesti uomini ai quali incombe siffatto speciale dovere, qualora vi manchino, vengono ad offendere un diritto che è nella persona per la persona stessa. Perlochè a questa classe noi riferiamo come prima serie i delitti di *esposizione d'infante o abbandono di persona impotente.*

§. 1368.

Parimente non può negarsi che nell'uomo sia il diritto non solo di conservarsi la vita, ma anche la integrità del suo corpo, di tutti i suoi organi, di tutte le sue funzioni. Laonde alla presente classe richiamasi naturalmente come seconda serie il titolo di *lesione personale* con tutte le varie sue forme.

§. 1369.

Finalmente l'uomo ha inerente alla propria persona il diritto che sia rispettata la sua pudicizia e

non siagli contro sua voglia menomata. Perciò alla presente classe appartengono come terza serie tutti i delitti coi quali si offende la *pudicizia individuale*. E così io richiamo a quest' ordine ogni attentato contro il pudore, nel quale il precipuo obietto della lesione sia il diritto dell' individuo stesso che fu soggetto passivo dell' attentato; e vengo ad incontrare i titoli di *stupro*, di *violenza carnale*, e *oltraggio violento al pudore*.

§. 1370.

La collocazione in questa classe del titolo di *esposizione d' infante* ha il precedente esempio del codice Toscano. La collocazione degli altri tre titoli preindicati è forse nuova, e perciò mi piace dimostrarne la convenienza.

La comune dei vecchi criminalisti faceva una classe di reati che chiamava *delitti di carne*. Ma la costituzione di siffatta classe era una evidente aberrazione dal principio fondamentale sulla qualità e classazione dei malefizi. Nella dottrina penale (checchè possa essere nelle materie di polizia) non è nella diversa passione movente l' animo o nel diverso appetito eccitante a violare la legge, il criterio determinatore della qualità dei reati, in obbedienza al quale debbano i medesimi a differenti classi distribuirsi. La essenza giuridica del reato stando tutta nella violazione del diritto, la sua qualità dipende unicamente dal criterio obiettivo, e varia secondo il variare del diritto attaccato. Ora nei molti delitti che tutti ugualmente procedono da appetito carnale, non sempre avviene che ledasi lo

stesso diritto. Si può talora offendere unicamente l'individuo nelle sue condizioni personali; si può offendere nella sua libertà; si può offendere la famiglia; si può offendere direttamente tutta la società. Di qui il bisogno (se si vuol essere coerenti ai principii fondamentali) di riprendere in mano la vecchia classe dei delitti di carne; e cancellata codesta classe come aberrante dal buon criterio metodico, richiamare i diversi fatti che in quella si noveravano, alle distinte classi, ove li richiama la diversa indole del diritto attaccato.

§. 1371.

Il Carmignani sentì bene codesto bisogno: e reietta la vecchia classazione, distribuì i delitti in discorso, parte tra quelli che egli chiamò contro l'ordine delle famiglie, parte tra quelli che egli chiamò contro la pubblica continenza. Ma nello svolgere la sua giustissima idea non sempre lo stesso Carmignani aderì a quel retto principio che aveva assunto come guida della sua distribuzione; e non sempre andò al vero quando cercò il diritto attaccato con simili malefizi. Io credo pertanto che lo svolgimento di codesta idea voglia essere seguitato in tutta la sua linea: e perciò mentre più largamente suddivido la classazione di questi reati, credo opportuno di dare a questo luogo una volta per sempre la ragione del mio metodo per più non tornarvi sopra.

§. 1372.

Non ho creduto che fosse esatto referire ai delitti contro l' *ordine delle famiglie* lo *stupro*, la *violenza carnale*, e l' *oltraggio violento al pudore*. La offesa al diritto di famiglia in cotesti reati è un' accidentalità che può essere e può ancora in frequenti casi non essere, quando (a modo di esempio) trattisi di donna sola e libera. Oltre a ciò la essenza di cotesti reati sta nel dissenso del soggetto passivo. Dato il suo consenso, purchè liberamente emesso, e supposta la potenza di emetterlo, il delitto sparisce. In cotesti reati il soggetto passivo si unifica sempre col paziente. Non si punisce la maculazione della donna, perchè essa abbia un padre, od un fratello, ma perchè essa ha una personalità che non dev' essere siffattamente oltraggiata. Sta dunque nel diritto dell' individuo il vero oggetto del malefizio; ed il giure penale col divieto di tali violenze, o vere o presunte, niente altro protegge che il diritto dell' individuo; ed il risultamento di questi malefizi essendo sempre più o meno un attacco della persona fisica paziente, tutto concorre a ricondurre cotesti reati nella seconda classe che adesso discorriamo; quella cioè dei delitti contro la persona umana.

§. 1373.

Il *ratto* avrebbe potuto esso pure riferirsi alla presente classe. Ma poichè abbiamo costituito un ordine speciale dei reati contro la libertà persona-

le, considerando l' esercizio di questo diritto nella sua specialità come una estrinsecazione della persona; così noi andremo a collocare il *ratto* nella terza classe dei delitti contro la libertà, da lato al *plagio* dal quale non diversifica che per il fine o di matrimonio o di libidine. E ciò perchè il delitto di ratto, se esige il fine di libidine, non richiede però per la essenza della sua consumazione la deflorazione, o in qualsiasi modo la esecuzione dell' atto impudico sopra la rapita. Ciò potrà costituire un aggravante: ma il ratto è completo e perfetto in tutte le sue condizioni tostochè l' abduzione o violenta o fraudolenta ha avuto luogo. Il suo criterio essenziale sta dunque principalmente nella offesa alla libertà personale.

§. 1374.

Ai delitti contro l' ordine delle famiglie sta benissimo che si riferiscano l' *adulterio*, la *bigamia*, e l' *incesto:* e perciò, conservando noi la classe dei reati contro l' ordine delle famiglie, continueremo a collocarvi codesti malefizi. Ben lungi i medesimi dal potersi guardare come offese ai diritti della persona sulla quale o con la quale si consumano, questa persona stessa è condelinquente; cosicchè i due correi fanno reciprocamente fra loro le funzioni di soggetto passivo del delitto: ma il paziente del delitto bisogna cercarlo altrove che in loro; ed altrove che nei diritti loro individualmente spettanti bisogna cercare il diritto leso. Questo diritto non può essere che quello della famiglia.

§. 1375.

Finalmente i delitti di *lenocinio* e di *oltraggio pubblico al pudore* non possono trovare la loro obiettività nel diritto dell' individuo, nè in quello della famiglia, come criterio costante dei medesimi. Perchè siffatti reati possono cadere su persone libere e consenzienti; e nonostante rimangono perfetti nella essenza loro. Il diritto che pei medesimi si offende è la pubblica morale; cioè il diritto universale che hanno tutti i consociati a vedere rispettato il buon costume. Noi porremo dunque questi reati a suo luogo fra i delitti sociali.

Dato in questo modo succinta ragione dell' ordine, passo alla distinta esposizione delle tre serie di questa classe, e dei particolari titoli che ho creduto di referirvi.

CAPITOLO II.

Dei delitti coi quali si offende il diritto *che ha la persona umana alle* cure altrui.

§. 1376.

Generalmente li scrittori di cose criminali trattano della *esposizione d' infante* (1) come appendice al titolo d' *infanticidio,* per una certa analogia che ha con questo. Tale analogia si desume dalla simiglianza della *causa* che spinge ora ad uccidere, ora ad esporre un bambino, e dalla identità del soggetto passivo del crimine. Da ciò ne avviene una duplice

inesattezza cioè: — 1.° che si collochi fra i delitti *contro la vita* un' azione criminosa che quando ebbe per suo *oggetto* il diritto alla vita cessa di cadere sotto il titolo speciale che qui si descrive: — 2.° l'altra di richiamare in una sola trattazione diverse configurazioni criminose, le quali per la diversità del diritto attaccato da esse, costituiscono enti giuridici distintissimi e disparati fra loro.

La formula *esposizione d' infante,* a differenza del nome con cui si designano altri reati (omicidio, lesione, stupro ec.) procede da un punto di vista meramente *soggettivo,* ed anzi tutto ristretto alla sola *soggettività fisica.* Procede cioè da una certa forma esteriore di azione senza avere nessun riguardo al *risultato* ed al *fine.* È precisamente come se si volesse designare un delitto come delitto speciale, con la parola *coltellata.* Evidentemente questa denominazione renderebbe certa la materialità di un atto fisico che costituisce un elemento del crimine; ma non definirebbe il criterio giuridico del crimine, il quale dalla *coltellata* risulta o come omicidio, o come tentato omicidio, o come mutilazione, o come lesione personale, secondo il diverso diritto che si lese o che si volle ledere.

Un codice penale ha per precipuo suo fine di sintetizzare in un dettato il più semplice possibile le elaborazioni dell' analisi giuridica della scienza. Quindi in un codice può ammettersi che si trovino raccolti in un fascio sotto la vaga e generica intitolazione di *esposizione d' infante* e *abbandono d' impotente* più e diversi enti giuridici che sono diversissimi tra di loro nei caratteri costitutivi della loro respettiva natura. Ciò si ammette in un codice, per-

chè al suo bisogno pratico può essere più utile di tenere congiunti diversi enti giuridici che si congiungono per la forma, quantunque si disgiungano per la sostanza.

Ma la scienza non deve mai abbandonare l'analisi. Ora poichè, come parecchie volte dicemmo e parecchie altre ripeteremo, è cardine assoluto della scienza che la *qualità* dei delitti (e così la loro classazione) non si desuma dall'atto materiale eseguito dal colpevole ma dalla diversità del diritto leso o attaccato, egli è evidente (anzi è logica irrecusabile deduzione) che la *congiunzione* della *forma* sia spesso niente appo la scienza rispetto all' ordine della trattazione ed alla classazione dei reati, dove alla congiunzione della forma non risponda uguale congiunzione della sostanza giuridica, cioè dell' *oggetto* (diritto attaccato o leso) che definisce la speciale figura del delitto. Così ne avviene che la scienza nella esposizione d'infante non possa riconoscere un titolo speciale di malefizio; ma soltanto un mezzo che può a diversi malefizi dar causa od essere indirizzato, e che secondo questi può generare diverse qualità di reati. Con ciò solo il linguaggio risponderà esattamente alle idee che vogliono impreteribilmente essere esatte. Si veggano le varietà che possono tener dietro alla *esposizione* ed all' *abbandono*, e ci convinceremo della verità del nostro concetto.

(1) Bibliografia — Alphani *juris criminalis lib.* 2, *tit.* 5, *pag.* 384 — Muller *de expositione infantum* — Boehmero *exercit.* 99 — Richter *velitationes pag.* 807 — Forti *conclusioni n.* 19, *pag.* 179 — Ambrosoli *studi*

sul codice penale toscano, 1857, *pag.* 143 — Armaroli *ricerche storiche sulla esposizione degl' infanti* 1838 — Matthiessen *de liberis expositis* 1849 — Jousse *traité de la justice criminelle part.* 4, *sect.* 4, *tit.* 39, *n.* 55 — Rousseaud de la Combe *Matières criminelles pag.* 22 — Bossio *tit. de homicidio n.* 7 *et seqq.* — Torre *var. quaest. tit.* 13, *def.* 31, *n.* 7 — Paoletti *institutiones theorico-practicae criminales lib.* 1, *pag.* 215 — Vouglans *institutes de droit criminel tit.* 4, §. 3, *pag.* 533; e nelle *leggi criminali secondo il loro ordine naturale vol.* 3, *pag.* 60 — Colero *decis.* 158 — Backmeister *de liberis expositititiis, Helmstodii* 1677 — Petermann *de infantibus expositis, Lipsia* 1702 — Koch *institutiones juris criminalis* §. 477 — Puttmann *elem. juris criminalis* §. 347 — Meyster *principia juris crim.* §. 112 — Leyser *meditationes ad pandectas specimen* 613 — Renazzi *elem. juris criminalis lib.* 4, *cap.* 6, §. 3 — Poggi *elem. jurisprudentiae criminalis lib.* 3, *cap.* 7 — Caravita *institut. crim. lib.* 4, *cap.* 58 — Kemmerich *synopsis juris criminalis pag.* 36 — Carmignani *elem. juris crim.* §. 960 — Ala *foro criminale lib.* 3, *pag.* 32 — Giuliani *istituzioni di diritto crim. vol.* 2, *pag.* 260 — Mori *teorica del codice penale toscano pag.* 269 — Armellini *instituzioni di diritto penale vol.* 4, *pag.* 130 — Puccioni *saggio pag.* 453.

§. 1377.

Alla generica denominazione di *esposizione* o *abbandono*, possono far capo quattro ipotesi differentissime.

1.ª — può essersi esposta o abbandonata la creatura impotente *col fine di dargli morte*. Ora poichè egli è certo (§. 1087) che il titolo di omicidio sorge tosto che si è cagionata volontariamente la ingiusta

morte di un uomo, qualunque sia il mezzo prescelto a tal fine (sia esso diretto o indiretto, positivo o negativo) così intuitivamente si scorge che quando la esposizione o abbandono apparisca volontariamente diretto a togliere la vita, il titolo di esposizione sparisce nel titolo di omicidio o infanticidio volontario, o consumato o tentato (1) secondo l'evento.

2.° — può la esposizione o abbandono essere stata diretta al fine meno pravo di liberarsi dalle cure della creatura impotente, o di distruggere le tracce dei rapporti della medesima verso una data persona; ed esserne, oltre la volontà dell' agente, susseguita la morte o il danno corporale. In siffatti termini è del pari intuitivo che il titolo di *esposizione* o *abbandono* deve un' altra volta scomparire per far luogo al titolo di omicidio o lesione colposa, o piuttosto secondo il parer mio (e secondo anche il linguaggio della pratica toscana) al titolo di omicidio o lesione preterintenzionale. Per derogare a cotesta conseguenza giuridica non vi è che una sola configurazione eccezionale: quella cioè di una legge positiva che punisca più gravemente il fatto dell' abbandono in sè stesso considerato, che non il risultato della morte o lesione personale oltre la intenzione. Da queste due prime osservazioni risulta che la *esposizione* o *abbandono* è un titolo che certamente sparisce tutte le volte che ha attaccato o leso la vita: onde è chiaro che questo titolo non può trovar sede nella classe dei delitti contro la vita, tranne quando il titolo stesso più non esiste. Lo che porta evidente contradizione nell' ordine. Vi sarebbe ragione di conservare il titolo emergente dalla specialità del mezzo adoperato, quando

questo mezzo presentando un criterio di maggiore quantità politica nell' omicidio o nell' infanticidio costituisse una qualifica particolare. Ma ciò non è nè in faccia alla scienza, nè generalmente in faccia ai codici penali.

3.ª — può la esposizione o abbandono non essere stato diretto alla morte, e non averla menomamente cagionata; ma soltanto essere stato diretto a liberarsi dalle cure dovute all' impotente derelitto, o a troncare le vestigia del fatto che ne procurò la esistenza. Allora dovendo la ragione del titolo e della classe ritrovarsi non nel solo pericolo, ma nel diritto effettivamente leso e voluto ledere, è evidente che il diritto leso e voluto ledere non essendo altro tranne il diritto che ha la creatura rapporto a certe determinate persone di essere custodita e assistita, è dalla lesione di questo diritto (lesione voluta e ottenuta) che deve desumersi la nozione e la classe del maleficio. Ora cotesto diritto è sicuramente nella classe di quelli inerenti alla personalità fisica. Il pericolo della morte, quando questa non è nè seguita nè voluta, può essere un criterio di aumento nella quantità politica del fatto: ma non denatura il fatto, nè può determinarne la classe. La esposizione e abbandono in questa terza ipotesi (che è la più frequente e comune) viene dunque naturalmente a trovar sede nella seconda classe; nella categoria cioè di quei malefizi che ledono la persona dell' uomo senza attaccare o ledere il suo diritto alla vita. E noi per obbedienza a tali verità la riportiamo al presente luogo.

4.ª — può finalmente la esposizione o abbandono essere diretto al fine speciale di togliere alla crea-

tura il nome e i diritti patrimoniali che a lei dà la sua pertinenza ad una data famiglia; ed allora è del pari evidente che cotesto nuovo criterio conduce il fatto nella classe dei reati che ledono i diritti di famiglia, fra i quali dee figurare come *soppressione di stato:* e sotto questa forma di reato (sempre per servire alla esattezza dell' ordine) noi dovremo ricordarla fra i reati che pertengono a cotesta classe.

Premesse queste osservazioni per soddisfare al bisogno di tener viva nella mente dei giovani la importanza dell' ordine della classazione dei reati, ora vado a percorrere il titolo di *esposizione* sotto il punto di vista complesso in cui viene generalmente guardato dagli scrittori.

(1) Non può esservi ragione per conservare il titolo speciale di *esposizione d' infante*, quando consti che per la micidiale intenzione dello esponente quello non era che un *mezzo* prescelto per ispengere la vita della invisa creatura. E di tale intenzione può constarne benissimo, sia per le esplicite ed indubitate manifestazioni del colpevole, sia per la solitudine e remotezza del luogo dell' abbandono, sia per la crudezza della stagione, pel tempo notturno, sia per altre circostanze di modo, o per altri concludenti argomenti. Allora indubitatamente la obiettività più grave fa sorgere il titolo di omicidio, ed in questo assorbito scomparisce il fatto dell' abbandono; il quale d' altronde non parmi che in sè presenti odiosità speciale da dovere in ragione di codesto mezzo prescelto, e di uno speciale criterio politico che in lui si voglia trovare inerente, costruire una distinta qualifica dell' omicidio e dell' infanticidio. Anche gli atti di mera omissione possono senza dubbio (come a suo luogo notai) costituire la forza fisica sufficiente al titolo dell' omicidio: onde non

vi ha dubbio, a parer mio, che come rea d'infanticidio dovesse tenersi colei che avesse intralasciato gli opportuni legamenti o la nutrizione e custodia dell' infante al determinato fine di ucciderlo, o che abbandonato lo avesse per codesto reo fine in luogo occulto e remoto; quando in codesti mezzi dovesse riconoscersi potenza a raggiungere il pravo fine e quando il pravo fine della morte di quell' infelice si fosse effettivamente raggiunto. Che se malgrado siffatta micidiale intenzione, e siffatta attitudine nel mezzo scelto della esposizione, l' evento della morte, per pietosa interposizione di fortuna non conseguì; avremo allora nel reato la forza fisica soggettiva confacente al titolo di omicidio, o d' infanticidio, ma questo titolo per la mancanza della forza fisica oggettiva rimarrà nella sfera dei tentativi. E qui io penso che una esposizione d' infante condotta a termine per siffatto fine, e con siffatta attitudine non possa audare oltre al mero titolo del *tentativo*.

§. 1378.

La *esposizione* di *infante* esige dunque per le cose osservate acciò rimanga sotto questo titolo di maleficio, la cumulativa ricorrenza delle seguenti condizioni — 1.° che siasi eseguita la esposizione, e abbandono dell' infante — 2.° che non siasi esposto con la intenzione di uccidere (1) — 3.° che non ne sia succeduta la morte per conseguenza della esposizione.

(1) La confusione tra la esposizione d' infante e l' infanticidio ha dato occasione eziandio a degli errori storici, essendosi da molti opinato (a modo di esempio) che gli antichi popoli della Germania punissero la esposizione d' infante, traendone argomento da passi di scrittori e da leggi che unicamente contemplavano l' infanticidio. Così Tacito (*de moribus Germanorum cap.* 19) non parla che di uccisione volontaria.

Lo stesso è a dirsi della legge Alemanna *(tit. 40)*; lo stesso dicasi della legge Longobarda *(l. 1, tit. 3, §. 6 — tit. 10, §. 1 2)*; lo stesso della legge Salica *(tit. 29, §. 5)*, della legge Ripuaria *(tit. 36)*, lo stesso di altre leggi barbariche. Laonde sembra verosimile la opinione dello Spangenberg, che appo codesti popoli la esposizione d' infante fosse impunita: e lo fosse non già soltanto eccezionalmente per le creature nate mostruose o mutilate giusta l' antico costume ricordato da Mylius *de jure narium*, §. 5, ma indistintamente e come regola universale. Fu il giure canonico che introdusse nelle leggi dei Visigoti la coercizione della esposizione d' infante, donde poi da Carlo V nell' art. 132 della sua costituzione venne allargata a tutta la Germania con più severa misura nei tempi a noi più vicini. Anche in Francia fino al termine del secolo passato non esisteva una legge speciale che punisse la esposizione del parto, come c' insegna Muyart de Vouglans *(le leggi criminali nel loro ordine naturale tit. 3, §. 11, pag. 60)* e soltanto se ne cercava la penalità nelle consuetudini giurisprudenziali, che ora infliggevano la frusta, ora il bando, ora la gogna, ed ora la multa. È incontrastabile che se la esposizione degl' infanti rappresenta la violazione di un diritto; e sotto questo rapporto come sotto quello dei pericoli che puo recare alla vita del fanciullo merita di essere giustamente repressa, vi è però tra la proeresi di questo reato e quella dell' infanticidio, non solo una distanza ma nel *caso proprio* una vera opposizione diametrale. Più assai che le penalità rigorose giovarono a diradare codesto reato i brefotrofi; dei quali si aprì quello di Firenze nel 1316 e quello di Parigi nel 1362. Tale istituzione si venne allargando negli ultimi secoli presso tutti i popoli culti. E grande fu il plauso delle genti verso codesta umanissima istituzione. Ma che perciò? I plausi furono nel 1838 convertiti in anatemi. Si ostentò una recrudescenza di moralità. Remacle, Croissant ed altri levarono in Francia un grido di reprovazione contro le così dette *tours*, destinate a ricevere i bambini occultamente depositati. Si dissero prin-

cipalmente due cose: cioè che cotesti stabilimenti erano un tributo reso alla immoralità, e che erano un incentivo ai genitori legittimi per liberarsi dall' onere della prole. Grandi dispute ed animose polemiche ne susseguirono: e disgraziatamente ebbe prevalenza la opinione del regresso. Anche qui si videro i danni della confusione del principio morale col principio politico, e della fatale dimenticanza di quella grande verità — tutte le cose umane hanno degl' inconvenienti che possono dar arme a combatterle: il meglio è quaggiù dove sta il male minore. Si vedano Terme et Montfalcon *histoire des enfants trouvées* — Homel *du danger de la suppression des tours* 1838 — Vandore *de la suppression des tours* — Curel *parti à prendre dans la question des enfants trouvées* — Laujardier *de l' infanticide pag.* 58.

§. 1379.

Questo titolo di reato come *delitto di per sè stante* non più referibile ai delitti *contro la vita*, trova il suo criterio obiettivo nel violato diritto che ha l' infante verso certe persone ad essere custodito e vigilato: oppure lo ha nei suoi diritti di famiglia che gli si vogliono togliere. Sotto l' uno e sotto l' altro punto di vista il subietto attivo di tale reato può trovarsi tanto nei genitori quanto in qualunque altra persona anche *estranea:* ma non può configurarsi questo titolo nel fatto di un estraneo che non sia legato verso l' infante da alcun *dovere personale:* come se, per esempio, taluno desideroso di vendicarsi de' suoi nemici rubi loro un figlio dalla culla, ed anche senza veduta di speculare sul corpo di quel bambino ma per esporlo alla ventura in luogo lontano.

In simile fattispecie il reato della esposizione trapassa nel titolo di plagio; e allora abbiamo un delitto complesso per la pluralità dei diritti che si sono lesi; il diritto cioè del bambino, e il diritto dei genitori. Che se la esposizione per parte dell' estraneo avesse poi per fine di usurpare un retaggio, il criterio obiettivo del reato si complicherebbe ancora più. Il codice Toscano ha previsto questa specialità quando all' art. 358 ha riconosciuto il titolo di plagio in qualunque sottrazione di fanciullo commessa per *qualsivoglia scopo*, lo che include anche lo scopo di vendetta contro i genitori. Ed al contrario nell' art. 352 ha richiesto come condizione del titolo di *esposizione* od *abbandono* che nello esponente ricorra l' obbligo di aver cura della persona abbandonata. Non è però necessario affinchè l' estraneo sia responsabile del delitto di abbandono, che la cura da lui assunta del fanciullo, o di altra persona impotente, sia assunta per una retribuzione, o per un contratto permanente. Anche l' assunzione precaria (1) e gratuita della custodia di un invalido impone il dovere giuridico di assisterlo: e la violazione di siffatto dovere è un delitto.

(1) Un caso singolarissimo di *esposizione* verificossi nel 1864 in Lubiana, ed è riferito nell' *Eco dei tribunali* n. 1494, ma non si conosce come fosse risoluto dai tribunali. Il caso è così complicato che quasi sembra immaginato a fantasia come mezzo di concretare speciali questioni. Il bambino esposto era stato divorato dagli animali neri: ma nella sua esposizione avevano concorso tre mani diverse — 1.° il padre naturale aveva esposto il bambino in luogo solitario affinchè perisse. Ma la madre per tenerezza verso il

bambino gli aveva tenuto dietro nascosamente, ed appena il padre erasi di colà allontanato essa lo aveva tolto dal luogo ove era abbandonato e lo aveva depositato sul margine di una strada frequentata, dove poi disgraziatamente perì. E qui in primo luogo disputavasi sulla influenza giuridica che in ordine alla imputabilità del genitore doveva esercitare il fatto successivo del traslocamento eseguito dalla madre. Si parlò di esposizione tentata, persino di esposizione mancata: ma in verità la esposizione era ben consumata. Solo a parer mio potea disputarsi se la successiva morte del fanciullo avesse dovuto aggravare la imputazione dell' esponente quando non era stata conseguenza immediata del fatto suo. — 2.° La madre dopo avere così traslocato la creatura non l' avea niente abbandonata, ma celatamente era rimasta osservando se nessuno lo avesse raccolto; nè si era partita di colà finchè non aveva veduto passare un giovine signore in carrozza; arrestarsi, raccogliere il bambino, metterlo nella sua carrozza, e partire con quello. Si disputava se la donna fosse rea di abbandono. Ma (§ 1585) io nol crederei — 3.° Il giovine signore che aveva raccolto la infelice creatura erasi presto pentito della sua pietà. Fatte poche miglia aveva ordinato retrocedesse la carrozza, e di nuovo aveva riposto il bambino nel luogo preciso donde prima lo aveva tolto. Fu dopo ciò che sopraggiunti gli animali ne fecero strazio. Questionavasi se il giovine signore fosse imputabile: e per sostenerlo innocente si allegava che reo non sarebbe stato se quando dapprima aveva veduto il bambino fosse passato oltre senza curarlo. Ma se in cotesta ipotesi poteva ammettersi che la trascuranza inumana del passeggiero che non stese pietosa aita allo abbandonato non fosse politicamente imputabile, qui si aveva non il solo atto negativo (che è ipotesi ben diversa) ma si aveva l' atto positivo della esposizione volontariamente operata dal giovine signore: nè valeva opporre che egli avesse assunto volontariamente la cura di quel fanciullo raccogliendolo per mero impeto di pietà; avvegnachè non sia luogo a distinguere la genesi dell' obbligo assunto, e il delitto di abbandono si

obietti bene anche a coloro che sarebbero stati liberi di non assumere la custodia: nè il fatto pio antecedente della custodia generosamente assunta rende meno spietato il fatto successivo dell' abbandono.

L' art. 507 del codice Sardo e l' art. 225 del codice di Vaud, che a chiunque trovi un infante esposto fanno precetto della denuncia all' autorità sotto pena del carcere, renderebbe più facile la soluzione del terzo quesito.

§. 1380.

Sempre in ordine al subietto attivo di questo reato conviene notare, che il *titolo* non varia neppure nelle scuole moderne per la legittimità (1) od illegittimità del concepimento. Ma vuole però giustizia che come alla madre illegittimamente fecondata si tien conto del pericolo dell' onore, e del timore di sevizie nel più atroce delitto d' infanticidio; così debbasi tenerne a lei conto in questo reato. Il codice Toscano ha dimenticato una espressa disposizione in proposito, ma possono i magistrati supplirvi per la latitudine della pena relativamente determinata, entro i limiti della quale è loro concesso spaziare. Il principio della minorante una volta ammesso diviene irrecusabile in ogni sua applicazione.

(1) Bisogna dire che l' uso di esporre anche i figli legittimi fosse considerato come molto esteso, se prevalse nel foro germanico la regola che il fanciullo esposto dovesse presumersi legittimo. Tale è la dottrina che prevalse fra quelli scrittori (Leyser *spec.* 613 — Kress *ad art.* 132 *C. C. C.* §. 2) quantunque ne dissenta Boehmero (*in jus. ec-*

cles. prot. lib. 5, *tit.* 2, §. 11). Anzi il Muller afferma che nella Spagna vigeva la consuetudine di presumerlo *nobile*.

§. 1381.

In ordine al *subietto passivo* di questo malefizio io credo che la condizione di *recentemente nato* non sia necessaria neppure in faccia alla dottrina (1) della vecchia pratica. Nella scuola moderna non vi ha dubbio su ciò: che anzi in oggi questo titolo di reato si è esteso ed accomunato anche all' abbandono di persona adulta che sia impotente a tutelare sè stessa, quando venga commesso da persona che aveva speciale obbligo di custodirla e soccorrerla. Sotto questo punto di vista il concetto umanitario della legge penale si è dalle legislazioni contemporanee grandemente allargato, rimane però sempre una grave e delicata questione se a fare dell' abbandono un delitto basti la semplice *obbligazione morale* che nasce da una consociazione assunta *a tutt' altro fine* tranne quello della *custodia ed assistenza*: così (a modo di esempio) il compagno di viaggio o di caccia che abbandoni in luogo solitario il suo compagno quando questi per casualità sia caduto e siasi fratturato una gamba, potrà egli se crudelmente lo lascia colà inabile a muoversi e deserto di ogni soccorso, allegare che non aveva assunto alcun' obbligo *civile* essendosi accompagnato con persona *valida*. Per quanto tale deduzione sia moralmente bruttissima, ella è forse giuridicamente solida. Ma ad ogni modo se da quell' abbandono ne derivi la morte, parmi difficile che il barbaro compagno il quale fu causa prossima di

quella morte per non avere nè soccorso, nè dato avviso, nè inviato alcun' ajuto a quello infelice, possa sfuggire l' addebito di omicidio colposo.

(1) La ragione di dubitare poteva nascere perchè gli antichi scrittori chiamavano questo reato, più volentieri *expositio partus*, anzichè *expositio infantis*. Ma le leggi romane lo denominarono con la formula più generale *de infantibus expositis*. E qualunque possa essere stata la opinione di qualche scrittore alemanno, eccitato forse dalle parole INFANS SEU PARTUS che si leggono nell' art. 132 della Carolina, la comune scuola può dirsi che non esigesse lo estremo della nascita recente. E quantunque in faccia alle parole della Novella 153 *ex utero materno prodeuntes*, possa tuttavia muoversi questione, pure quelle parole che appellano soltanto alla ragione storica della costituzione imperiale, non valgono a sostenere il contrario, per l' esplicito contesto delle successive disposizioni.

Dall' art. 27 della riforma criminale inglese del 1861 apparisce che la esposizione d' infante non sia in Inghilterra altrimenti punita, tranne quando ha verosimilmente posto a pericolo la vita o la salute della creatura. Vedasi Davis *the criminal Law consolidation statutes p.* 258. È di più notabile che a tenore della legge inglese sopracitata, acciò la esposizione sia punibile non basta il solo pericolo possibile della creatura, ma si richiede che ne sia stata posta effettivamente in pericolo la vita o che ne abbia riportato danni nella salute che siano probabilmente insanabili. Solo in coteste condizioni, e purchè il bambino esposto sia al disotto dei due anni, la esposizione è punita.

§. 1382.

Nel prendere in considerazione il fatto (che si descrive con la formula *abbandono* (1) *di persona impotente)* il giure penale non solo calcola la vio-

lazione immediata ed effettiva del diritto che aveva la persona impotente all' assistenza di chi barbaramente la abbandonò; ma calcola eziandio il danno potenziale variamente contingibile secondo le circostanze. Onde il *pericolo* maggiore o minore che ha corso l' infelice abbandonato, si riferisce (non meno che i nocumenti da lui effettivamente incontrati) allo elemento del danno immediato del delitto: e così rientrando nella sua forza fisica oggettiva porge un criterio della sua quantità naturale, secondo il quale si aumenta la gravità del malefizio. È peraltro impossibile che la legge penale definisca a priori le singole circostanze che nel variare dei fatti possono aumentare il pericolo dell'impotente abbandonato. La legge come la scienza debbono limitarsi a dire al magistrato che ei deve aumentare di severità non solo in ragione dei danni maggiori patiti dalla vittima, ma in ragione ancora dei maggiori pericoli che si corsero dalla medesima.

(1) Il codice Prussiano del 1851 §. 183 ha fatto due titoli distinti della esposizione d' infante e del suo abbandono. Forse si è creduto con ciò di eliminare il dubbio possibile che il titolo criminoso dovesse restringersi solo ai termini della materialità del trasporto del bambino da un luogo ove precedentemente era venuto alla luce, ad un altro luogo diverso ov' erasi poscia derelitto; e dovesse cessare il titolo stesso nel fatto di quella donna che sgravatasi in luogo solitario della sua prole, l' avesse colà abbandonata. Ma in verità io non vedrei la sussistenza di cotal dubbio, nè il bisogno di così accurata specificazione. Quando la donna ha posto in essere un fatto materiale per conseguenza del quale il bambino è stato abbandonato senza custodia o protezione alla

eventuale misericordia di chi venga colà a trovarlo, si ha quanto basta per il materiale di questo delitto; nè è necessario il *trasporto*, nè può dirsi altro che indifferente se la creatura si è trovata in quel luogo perchè la mano della donna ve la ha portata, o perchè ve la ha portata il di lei ventre che ivi se n'è sgravato. È notabile che per il codice di Francia sembra essersi *copulativamente* richiesto il duplice elemento della *esposizione* e dello *abbandono*. Vedasi Blanche *cinquième etude pag.* 329. Ma se quella copulativa porta giustamente a rispettare la massima che non sia punibile la *esposizione* non susseguita da *abbandono* (massima ricevuta anche in altre giurisprudenze) non vale altrettanto a stabilire che l'*abbandono* non sia punibile se non è preceduto da *esposizione*.

§. 1383.

Quello che interessa di avvertire si è che la *essenza di fatto* di questo reato sta nello *abbandono* e non nella semplice esposizione, la quale vuol essere scriminata quando non sia susseguita dall'abbandono: inquantochè (sebbene quella non possa dirsi un mero atto preparatorio ma piuttosto un principio di esecuzione) il non ancora fatto abbandono copre la esposizione da ogni imputazione politica, perchè rivela l'animo di non abbandonare, e così rivela l'animo di non consumare un delitto il cui momento consumativo consiste appunto nello abbandono. Cosicchè se taluno esponga un infante in qualche luogo ove abbia ragione di sperare che la carità di una persona determinata, od anche indeterminata, sia per raccoglierlo; e poscia anzichè allontanarsi rimanga a vigilare nascostamente la creatura per vedere se si avverano le sue speran-

ze; questo contegno converte la esposizione in un momentaneo deposito, e mostrando chiaro che non si aveva animo di abbandonare la creatura, ma sì di riprendersela quando nessuno se ne fosse ingerito, elimina affatto il dolo speciale di questo titolo. Tale è la regola che prevale in faccia ai principii, e che si accoglie comunemente dalla pratica (1).

(1) In questo senso decise la Corte di Limoges il 22 decembre 1847 (*Journal du Palais* 48, 2, 547). Così il tribunale di Parma l'8 maggio 1863. Così pure fu deciso pochi anni addietro in Toscana in un caso da me difeso che presentava una singolarità in apparenza differenziale. La ragazza illegittimamente fecondata sgravatasi della creatura l'aveva ella stessa di pieno meriggio (dopo averla diligentemente custodita) recata alla casa del suo seduttore, e battuto all'uscio se n'era tornata. Ma seco erano venute due sue vicine, le quali al partir della donna si erano a certa distanza trattenute dietro alcuni alberi donde vedevano la creatura; e ciò avevano fatto (come in giustizia deposero) per ordine della madre medesima. E quando videro che i familiari del seduttore fattisi (al seguito della chiamata) al balcone, anzichè dar ricovero a quell'innocente se n'erano iti a denunciare alla giustizia il supposto delitto; quelle donne avevano ripreso la creatura, e l'avevano riportata alla madre sua. Si ebbe il coraggio di tradurre questa ad un pubblico giudizio sotto l'accusa di esposizione d'infante: ma poca fatica occorsemi ad ottenere l'assoluzione.

Un caso analogo si presentò a decidere alla facoltà di Vittemberga nel marzo 1733 (che riporta il Leyser *spec.* 613, *med.* 4) nel quale però la ragazza aveva affatto abbandonato la creatura alla casa dello stupratore; e la madre di questo avea fatto quindi portare la creatura nella pubblica piazza. La facoltà giuridica esitò lungamente quale di queste due donne dovesse punirsi: e finì col dichiararle punibili entrambo.

In più benigno concetto andò la Corte di Vienna nel giudicato del 5 ottobre 1858 (*Eco dei tribunali n.* 909) poichè non ravvisò il titolo di esposizione di infante nello avere portata e lasciata la creatura nata d'allora nel giardino del seduttore della fanciulla, e assolvette.

§. 1384.

La *penalità* del delitto di *esposizione d' infante* fu in altri tempi ora leggerissima, ora nulla (1). Credette taluno potere affermare che gl' imperatori Valentiniano, e Valente alla *leg. 8 C. ad leg. Corn. de sicariis* lo colpissero di capitale supplicio; ma non si avvidero che quella legge contemplava il tentativo d' infanticidio. Non mancò peraltro negli ultimi secoli chi lo punisse di morte. Il che oltre ad essere esorbitante di rigore è impolitico, perchè la parità della pena spinge ad uccidere il bambino invece di esporlo. Il codice Sardo (art. 509) annovera questo reato fra i delitti che tendono a distruggere lo stato di famiglia, e lo punisce con pene correzionali come tra breve dirò, aumentando poi le penalità secondo i più gravi resultamenti. Il codice Toscano (art. 352) lo colloca nella classe dei reati *contro la* persona dove (a mio credere) più congruamente si adatta; e lo punisce nel caso semplice con la carcere più o meno prolungata secondo il maggiore o minore pericolo.

(1) È concorde la opinione degli eruditi in ordine alla tolleranza che si ebbe nell' antica Grecia verso la esposizione degl' infanti. Sembra però che la sola Sparta ne facesse apposita disposizione, e nelle altre città la tolleranza fosse

figlia unicamente della consuetudine. Ma tale consuetudine almeno sembra irrecusabile per la testimonianza di Eliano (*variarum hist. lib.* 43) il quale notando come provvedimento speciale della città di Tebe quello che proibiva la esposizione degl' infanti, mostra evidente che nel restante di tutta la Grecia la cosa, o per legge o per costumanza, andava altrimenti. Platone e Aristotele consigliarono la tolleranza di cotesto fatto. Sembra che in Atene il fanciullo esposto si dichiarasse schiavo di chi lo aveva raccolto; misura che probabilmente ispirossi al fine di allettare i cittadini a prender cura di quegl' infelici; lo che conferma la generalità del costume. Che agli antichi Romani si permettesse di esporre i figli *ex utero madentes* si rileva da Plauto (*amphitr. I, 22*) e da Terenzio (*andr I, 3, 14*) e da Svetonio (*in Caligola, cap. 5*). Vedasi Carranza *de partu naturali et legitimo, cap. 4* — Cujacio *parat. cod. de infant. expos.* — Noodt *Iulius Paulus, sive de partus expositione apud veteres* — Bynkershoek *de jure occidendi ac exponendi liberos apud Romanos* — Gebaver *dissert. academ. diss.* 1, 2 *de patria potestate* — Niebuhr *histoire rom. vol.* 2, *pag.* 380. È peraltro controversia gravissima sul tempo preciso in cui cominciossi in Roma a riprovare codest' uso; sostenendosi da alcuno che ciò avvenisse anche negli ultimi tempi del paganesimo per argomento della *leg.* 29 *ff. de manum. test.* e opponendosi invece da altri la insignificanza di quel frammento a siffatta conclusione. Gli editti degl' imperatori cristiani che si leggono nel codice Teodosiano (*leg.* 1. *de alimentis quae inopes parentes*, e *leg.* 1 *de expositis*) non parlano di pene corporali contro gli espositori. Ma che dagl' imperatori cristiani si considerasse come delitto il fatto della esposizione, ancorchè non susseguita dall' effetto di morte, è incontrastabile per ciò che trovasi nella *leg.* 2, *C. de infantibus expositis*, e per la *novella* 153: ove Giustiniano sembra parificare la esposizione dell' infante all' abbandono dei servi infermi. Cosicchè è notabile che la riunione di questi due titoli (esposizione d' infante, e abban-

dono di persona impotente) che parve una novità nei codici contemporanei, altro non fu che un ritorno al gius novissimo giustinianeo.

§. 1385.

Il codice Sardo ha peraltro riuniti in un fascio sotto la stessa disposizione dell' art. 506 i casi distintissimi, del *rapimento*, della *occultazione*, e della *sostituzione* di un infante, come pure quelli di *supposizione* di parto, o di *soppressione* di stato, i quali cinque fatti punisce con la relegazione da cinque a dieci anni: mentre collocando sotto lo stesso titolo all' art. 509 la *esposizione*, l' ha punita col carcere non minore di un anno, qualora la esposizione sia fatta in *luogo solitario*, ma senza resultamento di danno al bambino; e la punisce poi all' art. 512 col carcere da tre mesi ad un anno quando sia fatta in *luogo non solitario*. Sul che sono da farsi diverse avvertenze.

In primo luogo deve ripetersi ciò che fino dai suoi tempi osservava Boehmero *(in jus eccles. prot. lib. 5, cap. 2, §. fin.)* censurando una formula legislativa analoga a quella dell' art. 509 e 512, che non è buono lo esprimere il pensiero giustissimo di riguardo al maggior pericolo del fanciullo con la sola e gretta formula di luogo *solitario*, e luogo *non solitario*. Non è buono perchè la creatura può correre talvolta pericoli maggiori in luogo non solitario, come se fosse esposto in mezzo ad una via pubblica frequentata da carrozze: non è buono perchè meritano riguardo eziandio altre circostanze che verosimilmente possono essere causative di pericolo al fanciullo anche in luogo non solitario, come la cru-

dezza della stagione, la mancanza di cuoprimento, e simili: non è buono (aggiungerò io) perchè la definizione del luogo *solitario* e *non solitario* conduce il criterio di gravità ad una materialità tutta relativa ed elastica nella sua applicazione; laonde poichè bisognò lasciare all' arbitrio del giudice la definizione di cotesta materialità (1) meglio valeva esprimere la idea fondamentale della verosimiglianza del pericolo, intorno a cui l' arbitrio del giudice rimaneva esposto a fluttuanze minori, ed aveva nel tempo stesso balìa di applicare il rigore della legge a tutti casi che cadevano sotto il suo spirito. Avrei dunque meglio amato che abbandonata ogni relazione a pure materialità si esprimesse la maggior quantità naturale del delitto di esposizione con la formula — esposto *in modo e luogo da correre verosimile pericolo di salute* (2), o altra analoga. Questo mio pensiero si ricongiunge con un modo generale di vedere che ho manifestato ad altre occasioni. La legge penale deve a parer mio, per quanto ella può, esprimere il concetto giuridico indipendentemente da qualunque relazione ad una o ad altra *materialità,* che può far nascere il perpetuo dubbio se la sanzione punitiva (per regola non suscettibile di estensione analogica in odio dell' accusato) debba o no trovare applicazione in una materialità difforme (3).

(1) Potrà (a modo di esempio) disputarsi se debba dirsi *luogo solitario* una viottola di campagna per la quale erano soliti transitare giornalmente i membri di una famiglia: e potrà disputarsi se si debba dire luogo *non solitario* perchè esistente entro le mura di una città, una località remota per

dove è casuale il passaggio di qualcuno. Obbedì invece ad un felice pensiero il codice Sardo, quando tradusse l'art. 348 di Francia nel suo art. 508, dettando apposito provvedimento per il caso della consegna di un infante ad un ospizio di pubblica beneficenza fatta da coloro che ne avevano assunto la cura. Con questa speciale disposizione il legislatore mostrò chiaro che in suo pensiero il deposito di un infante ad un brefotrofio non costituisce titolo di esposizione, e così sembrava che non dovessero sorgere dispute su tale ipotesi. Parmi però che usando ivi la clausula *stato loro affidato onde ne prendessero cura*, l'art. 508 escluda la ipotesi che il deposito all'ospizio sia fatto dai genitori legittimi; e ciò si conferma dal disposto dell'art. 513 che aggravando la pena contro i genitori fa richiamo agli art. 509 e seguenti, e non al 508. Più nettamente il codice delle Cortes spagnuole all'art. 690 aveva preveduto il caso del getto di un infante nella ruota dell'ospizio, eseguito da genitori legittimi. Potrà forse dirsi che questa ipotesi considerata come *occultazione* d'infante cada sotto l'art. 506 del codice Sardo? Io non lo credo perchè troppo sarebbe sproporzionato il confronto della penalità fra chi esponga il figlio legittimo in luogo non solitario, e chi lo rechi ad un ospizio. E di vero già assai vago nelle nozioni ed assai esagerato nella penalità è questo art: 506 se si confronta con le penalità della esposizione.

(2) La formula del codice Bavaro del 1813 all'art. 175, 176, 177, esaurisco questo pensiero: poichè non occupandosi nè di *luogo*, nè di *tempo*, nè di altre circostanze, fa dipendere il più o meno della penalità dal giudizio che rimette alla prudenza del magistrato, se la esposizione sia avvenuta o no in tal modo che non vi sia o vi sia stato *danger à craindre pour la vie de l'individu exposé*. Ugualmente si espresse il codice Spagnuolo del 1848 all'art. 411 — ivi — *Cuando por las circumstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida de un* ñino; che in tal guisa corresse il difetto dell'art. 693 del codice delle Cortes del 1822. Ma il codice Sardo amò meglio prendere a suo esemplare il

codice Francese art. 349, e copiarlo in questa disposizione, come lo aveva copiato il codice di Neufchatel art. 175. Il codice Austriaco (art. 134 e 135) tentò di allargare il concetto, ma sempre lo lasciò subordinato allo essere frequentato o no il luogo della esposizione. Il codice di Friburgo (art. 178) usò la formula *exposée dans un lieu ou elle n' a pas chance de secours*. Con ciò lasciò sempre subordinata la condizione del pericolo alla unica causale del luogo, senza tener conto dei pericoli eventualmente non meno temibili che possono derivare dalle intemperie: anzi ridusse la considerazione alla sola *possibilità di soccorso* piuttostochè alla possibilità di pericolo: un bambino esposto di notte in mezzo ad una strada frequentata della città non può dirsi che non abbia *nessuna eventualità di soccorso*, ma ha pur troppo altrettanta eventualità di essere schiacciato da una carrozza: oltre a ciò la frase *n' avoir pas chance* porta ad un assoluto che rende rarissima l'applicazione dell' aggravante. La medesima formula si usò pure dal codice di Vaud art. 223. Il codice Ionio agli art. 672 fino al 677 inclusive riassume la presente teorica nel modo più completo ed esatto.

(3) Così in proposito dello infanticidio (§. 1230) disapprovai che la ragione minorante si esprimesse dal codice Toscano con la designazione del fatto materiale della *illegittimità*. La ragione minorante sta nel pericolo dell' onore: ciò che impropria il titolo è la *causa* di evitare gravi danni imminenti per lo scuoprimento del parto. Se la condizione è espressa con la formula della *illegittimità*, questa ricorre anche per la pubblica tollerata, la quale se uccida l' infante si troverà molto sorpresa di vedersi scusata dal giudice, il quale seriamente le dice aver essa temuto di perdere l' onore. Mentre invece quando dello infanticidio come dell' aborto la minorante si definisca con la espressione della idea giuridica (che tutta sta nel fine di salvare l' onore) ne viene diritta la conseguenza che la escusante si comunichi anche al complice. E fu perciò che nelle modificazioni recate al codice Sardo per opera di una commissione di dotti giureconsulti napole-

tani alla occasione in cui venne esteso a quelle provincie (e che furono sanzionate con decreto del 17 febbraio 1861) l'una correzione tenne dietro all'altra. L'art. 503 del codice Sardo definiva la scusa con la formula della *illegittimità*, e la concedeva pel procurato aborto alla *sola madre:* la correzione napoletana la definì con la formula per *cagione di onore*, ed estese la scusa anche ad altri individui che avessero agito per salvare l'onore della donna, o della famiglia. Lo stesso dovette ripetersi all'art. 532 in quanto allo infanticidio. Le quali disposizioni ed emende quantunque il Cosentino (*pag.* 375) opini non potersi estendere allo infanticidio premeditato, io le considero come comuni anche a questa ipotesi; non trovando ragione di distinguere in argomento così grave dove la legge non ha distinto, e dove essa ha lasciato ai giudici la scelta nei due gradi della diminuzione, per guisa da potere tener conto della differenza che passa tra l'impeto ed il proposito. Anche in altre occasioni ho propugnato il pensiero che la legge penale deve esprimere i suoi dettati coartandoli il meno possibile entro i gretti confini di una materialità.

§. 1386.

Vuolsi pure notare che il codice Sardo all'art. 513 aggrava la pena della esposizione quando sia commessa dai *genitori* dello esposto (1). E qui senza dubbio bisogna riconoscere che sotto il punto di vista morale i genitori che espongono la propria prole sono assai più abominevoli che non l'estraneo; nè noi avremmo difficoltà ad ammettere in siffatta ipotesi un aumento ancora di gravità politica. Ma ci sorprende di non trovare alla parola *genitori* aggiunta in questo articolo la qualità di *legittimi*. Una volta ammesso per ossequio ai pro-

gressi della scienza moderna che il pericolo dell'*onore* modifichi in meno la quantità politica della uccisione d' infante e dell' aborto procurato, non vi ha ragione per cui non debba pensarsi lo stesso in quanto alla esposizione. Alla madre che espone il parto non deve negarsi quella scusa che si accorda alla madre che lo massacra. Se attesa la mitezza della pena, e la latitudine nella quale potranno spaziare i giudici, non si voleva dettare un apposito provvedimento per codesta minorante; certo non poteva convertirsi la minorante in un aggravante, e punire la madre che per la commozione del proprio pericolo abbandona l' infante all' altrui pietà, più severamente dello estraneo che faccia altrettanto per risparmio di tedio, od altra più rea cagione.

(1) Anche il codice penale Portoghese all' art. 206, che punisce la esposizione dei minori di sette anni con la reclusione di seconda classe se è fatta da estranei, la punisce con reclusione di prima classe se fatta da genitori. Non distingueva fra genitori ed estranei il codice Bavaro del 1813 all' art. 174: nè in generale la maggior parte dei codici contemporanei.

§. 1387.

In proposito di questo titolo nasce la questione speciale se per parte di genitori legittimi si commetta il delitto di abbandono d' infante col gettare la prole nella ruota degli esposti (1). La Corte di cassazione di Francia aveva tenuta la opinione affermativa il 30 ottobre 1812. Poscia stabilì la negativa coi giudicati del 7 giugno 1834, e del 30 aprile 1835. La negativa pure fu sanzionata dalla

Cassazione Toscana il 13 luglio 1854. L'illustre Puccioni (*commentario vol. 4, pag. 587*) sostiene l'affermativa perchè scorge anche in tal fatto il *fine* di sbarazzarsi della prole che si avrebbe il debito di allevare; ma se cotesto *fine* è uno degli elementi di questo reato esso ha però bisogno eziandio dello elemento di *fatto* che si costituisce dall'*abbandono*: e non può dirsi che si *abbandoni* l'infante quando si consegna alla custodia di altri che è pronto a riceverlo. Ecco un nuovo esempio della importanza pratica della definizione delle classi. Finche il delitto di *esposizione d'infante* desume il suo criterio dalla tutela della personalità fisica, non può essere dubbia la soluzione negativa di questa questione. Se si considerasse invece come un delitto contro lo *stato di famiglia*, potrebbe anche la consegna dello infante legittimo alla ruota o ad altri per occultarne lo stato, rappresentare gli estremi completi del malefizio (2).

(1) Secondo le congetture di Bargemont (*Economie politique chrétienne pag. 295*) sembra che anche in Atene e nell'antica Roma esistessero degli stabilimenti destinati a ricevere i bambini esposti, e mantenerli a spese dello stato quando la pietà pubblica non li avesse raccolti. Ma ciò che vi è di certo si è che la prima traccia autentica della istituzione dei Brefotrofi si trova nell'anno 539 di Cristo per opera di Giustiniano. Ma finchè le leggi aggiudicavano la proprietà delle creature esposte a coloro che le avevano raccolte, negando ai genitori ogni diritto di recuperarle neppure mediante il rimborso del mantenimento ed educazione, è facile immaginare che scarso dovesse essere il numero dei fanciulli rimasti a carico dei pubblici stabilimenti. Delle condizioni richieste dall'antico diritto perchè i genitori potessero

ricuperare la prole esposta, tratta specialmente Hoffmann *de notabilioribus delictorum matrimonialium temporibus. Lipsia* 1726, *cap.* 4, §. 11.

(2) La necessità dello speciale elemento *soggettivo* indispensabile nel reato di esposizione di infante fu benissimo valutata nel Decreto della R. Corte di Appello di Catania del 20 marzo 1871: *Eco dei Tribunali n.* 2416. Una donna rimasta vedova, con una bambina di otto mesi, trovandosi in estrema miseria portò quella bambina alla ruota degli esposti, e mandò la sorella a ripigliarla per darle il latte a spese dell' Ospizio. Si voleva in questo fatto trovare il delitto di *esposizione di infante*. La Corte disse che questo reato non vi era perchè mancava *l' animo di abbandonare:* e disse a mio parere benissimo. Essa respinse ancora l' accusa di *soppressione di stato* pel motivo che la bambina *era già stata iscritta agli atti dello stato civile, sotto il vero suo nome*. Questo secondo motivo potrebbe essere assai problematico. Lo stesso giudicato trovasi riprodotto nella *Temi Zanclea n.* 7, *anno* 2.

§. 1388.

Questa osservazione mi richiama un istante sul codice Sardo il quale inopportunamente nell' art. 506 ha gettato insieme in un solo fascio cinque titoli differenti, e tutti gli ha indistintamente colpiti come delitti di alto criminale, con la relegazione da cinque a dieci anni. Lo che se talvolta, quantunque intollerabile nella scienza, si può (come avvertimmo di sopra al §. 1376) permettere in un codice, diviene però anche in un codice grave difetto quando per tal guisa si unificano in una sola (ed assai grave) penalità titoli che possono presentare nella quantità loro dei criterii notevolmente ineguali. Ricordisi

che il delitto essendo un ente giuridico non ha per suo *oggetto la cosa* o *persona* su cui cade l'azione, ma unicamente il *diritto offeso*. Questo può avere respettivamente per oggetto suo quella cosa, o persona, che è nel malefizio mero *soggetto passivo;* e quando il diritto leso pertenga alla istessa persona su cui cade l'azione, questa potrà essere ad un tempo e soggetto passivo e paziente del malefizio. Ma il malefizio avrà sempre il suo oggetto nel diritto che si lese dal colpevole; e secondo tale diritto, o secondo quello che è prevalente fra i più diritti attaccati, si dovrà sempre determinare la qualità e nozione differente del reato, e misurarne la *quantità*. Applicato questo canone fondamentale al nostro art. 506 se ne toccano con mano le incongruenze (1).

(1) La dimenticanza di queste verità fondamentali conduce spesso in pratica ad assurdi che parrebbero impossibili a concepirsi. Così ebbesi il coraggio di tradurre avanti la Corte Imperiale di Pau (affare *Parceron*, 1 luglio 1867: Morin *art.* 8945) sotto l'accusa di esposizione di infante una madre che essendo in viaggio aveva gettato in un bosco il cadavere del suo bambino venuto naturalmente a morte.

§. 1389.

Il codice Sardo in questo titolo ha riunito il delitto di esposizione (che all'art. 509 punisce col carcere) ad altri cinque casi che gli sono sembrati analoghi perchè vi trovava la identità del soggetto passivo, e li ha puniti con la relegazione da cinque a dieci anni (1). E fin qui lascisi andare. Ma i cin-

que casi colpiti dall' art. 506 erano eventualmente così differenti tra loro che non potevano unificarsi indistintamente nella penalità criminale. La *esposizione* guardata nel caso semplice toglie al fanciullo lo stato civile, e ne pone a pericolo la vita; due sono dunque i diritti lesi con questo maleficio nel caso ordinario, i quali spettano entrambo al suo soggetto passivo che ne è al tempo stesso paziente, ed entrambo costituiscono l' oggetto del maleficio.

La *occultazione* priva il fanciullo soltanto dello stato civile senza porne a pericolo la salute. Ma nelle sue forme codesto reato può presentare caratteri disparatissimi. Ora può occultarsi un infante per carpire una successione; ora per cuoprire un fallo consegnando la creatura a qualche fido amico che sotto mentito nome lo educhi, provvedendo con pietosa cura al suo mantenimento; ora può essere fatta di consenso dei genitori, ed ora a danno e dispetto di uno di loro. Lo che mostra quanto possa variare la natura e la importanza del diritto leso, e quanto sia incongruo minacciare senza riflessione nè distinzioni la relegazione di cinque anni al meno.

Il *rapimento* di un infante lo priva del suo stato civile, ma lede altresì i diritti dei genitori.

La *soppressione di stato* di un infante lo priva del suo stato civile, ma se è operata dagli stessi genitori non lede altri diritti.

La *sostituzione* di un infante ad un altro può del pari presentarsi sotto un aspetto giuridico differentissimo secondochè venga fatta da una nutrice alla insaputa dei genitori, o possa venir fatta da questi medesimi per avere (a modo di esempio) un maschio invece di una femmina, o un fanciullo perfetto

e sano anzichè altro macilente o deforme; e può essere consentita da entrambo i genitori o fatta dalla madre alla insaputa del marito, per contentare (a modo di esempio) la manìa che lo invade di avere un maschio. Chi non vede quanto siano grandi gl' influssi di coteste varietà sul calcolo politico del delitto?

La *supposizione* di parto può anch' essa assumere cento forme. Ora può farsi da una vedova per carpire la eredità che la legge devolverebbe ad altre persone: ed ecco che l' oggetto del reato non è nel diritto del fanciullo, il quale di povero che egli era viene arricchito del benefizio di un illustre nome, o di un pingue retaggio. Il diritto leso è quello soltanto dei congiunti ai quali si sarebbe dovuta la successione. È un delitto contro la proprietà. Non può dirsi leso alcun diritto del fanciullo che è stato porto alla vedova dai propri genitori, tutti giulivi della inattesa fortuna del figlio loro. Ma se il carpimento di una successione non vi è; se la supposizione del parto è stata fatta dai genitori, o dalla vedova solo per soddisfare la smania di avere alcuno cui dare il nome di figlio, disperati di aver prole e della negata potenza di adottare; e se costoro erano liberi dispositori delle cose proprie; io dimando dov' è il diritto leso? Si è fatto con la supposizione del parto ciò che poteva farsi col testamento: i cugini non hanno ragione di lagnarsi di aver patito un ingiusto spoglio. Il fanciullo ha guadagnato una fortuna, i genitori di lui sono esultanti per la sorte dell' amato fanciullo. Dov' è il delitto? Vi è una pia frode ad eludere la legge sulle adozioni; circa la convenienza della quale io niente vo-

glio osservare perchè non torna all' argomento mio; ma certamente codesta pia frode non è meritevole della pena di cinque a dieci anni di relegazione.

A queste osservazioni (sulle quali tornerò al §. 1956 e segg.) mi ha condotto il tema del presente Capitolo; ed ho voluto esporle non per farmi censore delle leggi, ma soltanto per mostrare ai giovani la necessità di tener sempre presenti i canoni generali della scienza, e la grande efficacia loro nelle pratiche applicazioni.

(1) Anche il codice del Brasile all' art. 254 riunisce insieme i delitti di occultazione, sostituzione, e supposizione di parto. Ma li punisce con la prigione semplice da quattro mesi a due anni. Il codice Sardo però tradusse qui l' art. 345 del codice Francese, adottandolo anche nella quantità della pena. Lo stesso aveva fatto il codice Parmense all' art. 383; e il codice Modenese all' art. 332. Sonosi meritamente levate a cielo per oltre un mezzo secolo le grandi teoriche del Carmignani: ma cotesti elogi sono stati sovente lettera morta, perchè si è dimenticato di seguitare quelle teoriche nei loro svolgimenti, e nelle pratiche applicazioni. A ciò condusse principalmente il fascino d' imitare il codice Francese del 1810 che fra tutti i contemporanei segna il punto più arretrato della scienza penale. A ciò condusse pure un certo aborrimento per la casuistica che si colse a nausea a cagione dello abuso che ad ottimo fine ne avea fatto la vecchia pratica. Ma troppo spesso per evitare un vizio cadesi nell' opposto più enorme. Non è casuistica distinguere tra loro nella nozione e nelle penalità quei fatti criminosi che per natura loro hanno caratteri distinti così ontologicamente come giuridicamente e politicamente. Ciò è stretto debito di giustizia.

§. 1390.

Il *grado* in questa specie di maleficio non presenta sotto il rapporto della forza morale soggettiva, argomento di particolari osservazioni. La ipotesi dello *errore* male può concepirsi nel delitto di *abbandono*. Le cause fisiche che possono avere esercitato un influsso sullo stato d' intelletto dell' agente trovano i termini ordinari di applicazione delle regole generali. E quanto alle circostanze influenti sulla determinazione del suo volere è da avvertire soltanto che difficilmente potrà configurarsi un impeto di sdegno che valga a degradare la imputazione dell' abbandono: salvo la ipotesi rarissima (ma pur possibile) di un marito che reduce da lungo viaggio, convinto da irrefragabile prova del patito tradimento, in un moto di giusta collera, o piuttosto di giusto dolore, allontani dalla propria casa mediante la esposizione il testimone del proprio disonore. Allo stato di animo che si configura in codesta ipotesi si congiunge in certo modo anche la coscienza di esercitare un diritto; non ne sorge a pregiudizio della creatura la lesione del diritto allo stato di famiglia; e propriamente tutta la criminosità del fatto prende radice nel pericolo che può aver corso il bambino. Del resto sotto questo punto di vista il caso più frequente di scusa emergerà dall' impeto di pudore, come ognuno comprende: e talvolta ancora dall' impeto di paura, (1) quando concorra il pericolo di sovrastanti sevizie.

(1) Una configurazione speciale dell' impeto di paura trovò Carpzovio (*Responsa lib.* 6, *tit.* 10, *resp.* 105) in co-

lui che avesse abbandonato per timore di contagio lo infermo alle sue cure affidato.

§. 1391.

Il grado nella forza fisica soggettiva, offre nel titolo di abbandono la consueta questione (ad altre occasioni accennata in proposito della complicità) sulla comunicabilità al partecipe o non comunicabilità delle scuse per avventura competenti all'altro partecipe o all'autore principale. In proposito del tentativo a me pare che nel titolo di abbandono sia assolutamente inconcepibile il delitto mancato (1). Questo reato ha il suo momento di consumazione in quell'atto col quale si abbandona la persona impotente. La consumazione soggettiva del malefizio si compenetra dunque talmente con la sua consumazione oggettiva, da non potersi esaurire quella senza che al tempo medesimo sia esaurita anche questa; perchè questa non sta nei danni ulteriori sopravvenuti eventualmentè allo impotente abbandono, ma nella lesione del diritto che questi aveva a non essere da colui abbandonato. Che se lo esponente dopo avere eseguito lo abbandono, sollecitamente si penta e distrugga il fatto, questa ipotesi che sotto il punto di vista ontologico presenta i termini del delitto mancato, potrà non presentarli sotto il punto di vista giuridico, secondo ciò che avvertimmo al titolo del veneficio (§. 1180 nota 1) ove appunto notammo che questo sottile problema erasi posto male a proposito come speciale dello avvelenamento, mentre può invece trovare i proprî termini in altri molti malefizi. Anche lo stesso conato punibile sarà assai difficile a configurarsi nel de-

litto di abbandono; perchè gli atti o trascenderanno nella consumazione, o resteranno nella categoria dei meri preparatorii per la mancanza della univocità. Pur non ostante se è in questo reato assolutamente inconcepibile un conato remoto, perchè gli atti esecutivi del medesimo non possono acquistare univocità se non si pongono in essere sul soggetto passivo della consumazione (lo che rende sempre il conato prossimo) non può del pari dirsi altrettanto impossibile, per quanto rara, la ipotesi di un conato prossimo. Ma quando il colpevole abbia depositato lo infante nel luogo ove voleva esporlo, e volto i passi ad allontanarsi; o il custode in modo indubitato si riconosca essersi allontanato dallo impotente che aveva in consegna, con l' animo di abbandonarlo; io stimo che sempre si abbia il delitto consumato, quantunque sollecito sia stato il sopraggiungere di terzi all' aita dell' abbandonato. Pensando altrimenti sarebbe necessario costruire una teorica ragionata sul criterio di *spazio* o di *tempo*, la quale io non veggo come potesse riuscire a non essere elastica ed arbitraria.

(1) È andato più oltre lo Schutze (*Lehrbuch, Lipsia* 1871, §. 85) che afferma come cosa non questionabile che il tentativo di abbandono o di esposizione non è punibile, ossia non è possibile configurarne le condizioni.

§. 1392.

Finirò con lo avvertire che quanto ho in principio notato sul proposito dello allargamento che modernamente si è fatto del presente titolo, includen-

dovi insieme con la *esposizione d' infante* anche lo *abbandono di persona impotente*, vuol essere inteso come un insegnamento della scienza adottato da parecchi codici contemporanei ma non come una verità che sia universalmente riconosciuta. Questo pensiero che si attuò dal codice Bavaro del 1813 (art. 174 a 177) incontrò i suoi oppositori (1) e giova esaminare gli argomenti sui quali si fonda simile opposizione.

1.° Si è detto che non si abbandona una persona adulta (sia pur cieca, storpia, demente, inferma, o per qualsiasi altro modo impotente) con altrettanta facilità con quanta se ne ha per abbandonare un fanciullo: ciò porta a riconoscere che il caso di questo reato è rarissimo. Ed io rispondo, sia pure rarissimo; ma può non pertanto accadere; e quando accada, la convenienza di punirlo vi compenserà largamente della noia che avete incontrato ponendo nel codice un articolo di non frequente applicazione.

2.° Si è detto che l' adulto abbandonato non viene a perdere il suo stato civile. Ed io rispondo che l' oggetto principale di questo reato non è lo stato civile della persona, ma la sua vita e la sua salute.

3.° Si è detto che l' adulto abbandonato è in grado di denunciare la persona che lo ha si barbaramente tradito, e darne contezza, e porre la giustizia sulle sue traccie. Ed io rispondo che ciò non è vero quanto al pazzo, al sordomuto, e al moribondo. Ma fosse pur vero in tutti i casi. E quando mai fra le ragioni di non punire un fatto dannoso trovossi buona quella dedotta dalla potenza che ha la vittima di denunciare l' autore?

4.° Si è detto infine che se l'abbandono dell'adulto impotente fu fatto per il fine di recarlo a morte, il fatto sarà punito come tentativo di omicidio, o come omicidio consumato secondo l'evento. Ed io rispondo che ciò è verissimo; ma poichè ciò è vero altrettanto nel caso d'infanticidio, come cotesta ragione non fu buona per lasciare impunita la esposizione d'infante così non è buona per lasciare impunito l'abbandono di un infelice inabile a provvedere a sè stesso.

Malgrado pertanto tali obiezioni e tale dissenso, io persisto a ritenere che la scienza moderna abbia fatto benissimo a ritornare al pensiero giustinianeo, enumerando fra i delitti civili l'abbandono di un impotente, e ponendolo da lato alla esposizione d'infante: e lodo i codici della Germania che provvidero pietosamente a cotesto caso crudele; e il codice Toscano che fece altrettanto all'art. 352.

(1) Vedasi Haus *observations sur le projet belge vol. 5, pag. 24*. L'illustre professore di Gand dissente da noi anche per ciò che riguarda il criterio di gravità desunto dal *luogo* della esposizione. Ma egli non si propone la obiezione nel vero suo concetto. Confuta con le parole dell'oratore del governo francese il desiderio di vedere meglio descritte nella legge le condizioni di *luogo;* ed osserva che ciò è impossibile, e finquì dice benissimo. Ma noi ben lungi dal desiderare una più minuziosa descrizione della *materialità* qualificante (che noi pure riconosciamo pericolosissima) vorremmo al contrario che di *nessuna materialità* si facesse menzione, ma soltanto si esprimesse la idea del pericolo; lo che non è impossibile, ma facilissimo. Che vi è egli da ridire sulla formula (a modo di esempio) del codice Toscano — *se col fatto della esposizione* o *dell'abbandono non andò con-*

giunto alcun pericolo di morte, nè di lesione personale, la detta pena può essere abbassata fino ad un mese? La nostra critica procede da un concetto diametralmente opposto a quello a cui s'ispiravano i censori del codice Francese combattuti dall' Haus. Essi volevano che si frenasse l' arbitrio del giudice con una più coartata descrizione di luogo e di tempo. Noi invece (appunto perchè convinti del pericolo di siffatte definizioni a priori) vorremmo che da nessuna angustia si costringesse la prudenza del giudice nello applicare la legge secondo il suo spirito.

CAPITOLO III.

Delitti con i quali si offende la integrità *della* persona.

Lesione personale, *e sua* essenza di fatto.

§. 1393.

Il concetto che informa e circoscrive questa serie di delinquenze ha subito modernamente una notevole alterazione nelle scuole e nelle legislazioni contemporanee. Le idee pagane sulla personalità umana portarono gli antichi legislatori a restringere la protezione della legge penale alla sola *persona fisica* dell' uomo. Di qui la conseguenza che la presente classe di reati s' intitolasse dagli scrittori con la rubrica delitti contro le membra. E così le lesioni della umana persona che non erano giunte a togliere la esistenza si riassunsero nei due principali titoli di *ferimento,* e di *offesa.* Si trovò il carattere costitutivo del *ferimento* (latino *vulnus,* francese *bles-*

sure) nella soluzione di *continuità* nel corpo umano; della quale soluzione di continuità si tenne come criterio la effusione del sangue. Si dissero *offese* (latino *verbera,* francese *coups)* le violenze che avevano colpito il corpo cagionandogli dolore fisico, senza operarvi soluzione di continuità. Queste si dissero offese con *traccia o senza traccia,* secondo che avevano o no lasciato un segno di loro sul corpo offeso. Si distinsero ancora (come avverte Puccioni *saggio pag. 477)* le *ammenazioni (coups)* dalle *violenze* (francese *voie de fait).* Dal titolo di ferimento si distaccarono per la specialità dei risultamenti le *mutilazioni,* lo *storpio,* la *deturpazione;* facendone alcuno altrettanti particolari titoli, ed altri ricavandone solo una qualità aggravante del ferimento. E qui si rimase per secoli (1).

(1) Lo stato di questa dottrina qual' era cinquanta anni addietro trovasi riassunto dal Carmignani nei suoi *elementa* dal §. 988 al 1008, edizione 1834.

Bibliografia — Odofredo *de percussionibus* — Carpzovio *practica criminalis quaest.* 99 — Raynaldo *observationum criminalium lib.* 3, *pag.* 226 *et seqq.* — Kemmerick *synopsis tit.* 5 — Boehmero *elementa juris criminalis, cap* 23 — Jousse *justice criminelle vol.* 3, *pag.* 589 — Meister *principia juris criminalis sect.* 2, *pars* 2, *cap.* 10 — Koch *institutiones juris criminalis lib.* 2, *cap.* 27 — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 5, *cap.* 1, *art.* 1 — Cremani *de jure criminali vol.* 2, *lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 11 — Puffendorf *observationum vol.* 3, *obs.* 92 — Schroeter *repertorium juris criminalis, verbo vulnus* — Briganti *pratica criminale vol.* 2: nel *trattato delle ingiurie reali pag.* 161, e altrove — Caravita *institutiones juris criminalis lib.* 1, §. 3,

cap. 40 — Pistor *observat.* 89, *pag.* 92 — Angelo *de delictis cap* 97 *et* 99 — Jagemann *sulla lesione corporale dissert.* 2 (negli *Scritti Germanici vol.* 3, *pag.* 209, 249) — Giuliani *istituzioni di diritto criminale vol.* 2, *cap.* 3 — Arabia *principj del diritto penale part.* 3, *p* 277 — Armellini *istituzioni del diritto penale vol.* 1, *cap* 3 — Bavoux *leçons preliminaires cap.* 12, *art.* 2 — Chauveau *théorie du code pénal chap.* 45 — Puccioni *saggio di diritto penale lib* 4, *tit.* 8, §. 2.

§. 1394.

Ma non poteva nella civiltà cristiana lasciarsi dimenticata la parte più nobile della umana persona. Laonde si venne a considerare che le perturbazioni recate allo intelletto di un uomo dall' altrui opera malvagia dovevano pur esse aversi come meritevoli di repressione non meno, e forse anche più, che le perturbazioni recate al suo fisico organismo. Da ciò nacque il divario nella nomenclatura: e quella che un tempo chiamossi *lesione corporale* (1), si denominò per maggiore esattezza *lesione personale*. È infatti fuori di dubbio nel cittadino il diritto che la protezione sociale estendasi alla difesa della sua individualità *psicologica* come della sua individualità *fisica;* della sua attività interna non meno che della sua attività esterna, contro gli attacchi di scellerata nimicizia, o d' imprudente scioperataggine. Così la scienza penale portò a più larga periferia la nozione delle violazioni recate ai diritti inerenti alla umana personalità, che dovevano in un buon regime penale costituire titolo criminoso: e nacque ai tempi nostri il titolo più vasto di *lesione personale;* nel quale si unificarono e si sommersero gli altri.

(1) La formula *lesione corporale* si mantiene tuttavia da alcuni codici moderni, come lo Jonio all' art. 688. È notabile che i romani non si formarono un concetto distinto della *lesione corporale* come atto procedente della esplicita intenzione di *recare un nocumento o deteriorazione alla salute* del proprio nemico senza troncarne la vita. Essi o guardarono nella lesione corporale l' animo presunto di recar morte, e così la lesione venne naturalmente a trovar sede negli omicidii tentati: oppure guardarono nella lesione l' animo di fare un dispetto, un' onta al proprio nemico; e così vennero a comprendere codesto reato nella serie delle ingiurie. Onde avvenne che le percosse si trovassero punite con la multa di venticinque assi; e, come riferisce Gellio (*lib.* 20, *cap.* 1) se ne incoraggisse la prepotenza del celebre Lucio Nerazio. Il pretore riformò la legge quanto alla penalità, lasciandola intatta quanto alla nozione. Perciò non fa meraviglia che i primitivi criminalisti del risorgimento non vi presentino neppure il titolo speciale della vulnerazione; ma trattino delle ferite, o sotto la rubrica dell' omicidio, o sotto la rubrica della ingiuria; o, come piacque al Vitalino, sotto quella dell' *insulto*. Ma nell' animo di chi percuote o ferisce bisogna bene riconoscere nei più frequenti casi una intenzione più mite di quella di uccidere, e una intenzione più fiera di quella di fare oltraggio. Questa più ristretta intenzione può tutto al più ravvisarsi nello *schiaffo;* sul che è da vedersi lo Strykio nella sua dissertazione *de alapa*. I romani si occuparono largamente anche della semplice lesione al titolo della legge Aquilia, appunto perchè nei termini di questa legge non si esigeva la intenzione *diretta*.

§. 1395.

La *lesione personale* può dunque oggi definirsi o descriversi come appresso — *qualunque atto che cagiona al corpo altrui un danno od un dolore fi-*

sico (1), *o all' altrui mente una perturbazione, purchè eseguito senz' animo di uccidere, e senza risultato letale; o meglio qualunque ingiusto danneggiamento della persona umana che non ne distrugge la vita, nè è diretto a distruggerla.* Questa definizione mostra che la lesione appartiene a quella serie di delitti che si dicono *materiali* (§. 50) in quanto per potersi dire *consumata* ha bisogno di un resultato materiale che costituisce la sua completa essenza di fatto. Ma poichè la lesione può nel disegno del colpevole essere stata arrecata come mezzo all' eccidio, così la nozione della lesione personale si completa con un criterio *negativo* tanto nel rapporto del risultato, come nel rapporto della intenzione.

(1) Per quanto semplice possa sembrare cotesta nozione tutta oggettiva della lesione personale, offre peraltro occasione di difficoltà nella pratica. Nel 1862 un tale cui si era messo attorno un ragazzo molesto, per liberarsene lo prese di balzo e lo gettò in una fossa dove era dell' acqua circa ad un braccio in altezza. Il Pubblico Ministero sostenne ricorrere i termini di *lesione personale* perchè lo essere immersi nell' acqua cagiona *dolore fisico:* era di state! La Camera di Consiglio del tribunale di prima istanza di Lucca fece sua tale opinione, e inviò l' accusato anche per codesto titolo. La Corte Regia di Lucca alla quale per continenza di causa si devolveva la soluzione di questo dubbio lo evase col ribultare l' accusa per mancanza di querela. Certamente non poteva dirsi che qui fosse una *ingiuria* nello strettissimo significato (§. 1712) nel quale accettano le leggi toscane codesto titolo, cioè di delitto contro l' onore. In faccia a tale concetto il titolo d' ingiuria spariva così soggettivamente come oggettivamente. Ma io non sapea persuadermi del titolo di *lesione personale,* perchè anche supposto che la materialità del resultato presen-

tasse un *dolore fisico*, mancava la *intenzione* diretta a recare dolore fisico. Se colui aveva l'animo di recare un dolore fisico a quel ragazzo lo avrebbe percosso con mano, o a calci, o simili. Ei non voleva che levarselo d'attorno; e perciò lo bagnava al solo fine di costringerlo ad andare a casa a mutarsi, e lasciarlo in pace. Ma dunque non era niente di criminoso in codesto fatto? Io non vi vedeva possibilità giuridica di altro titolo che quello di *danno dato* per le vesti volontariamente insozzate. Il codice penale toscano, riconoscendo il titolo di *danno dato con ingiuria* in qualunque deteriorazione volontariamente recata alla proprietà altrui, così *immobile* come *mobile*, risultavano a mio parere per questo titolo tanto gli *elementi materiali* quanto lo *elemento intenzionale*.

Nel 1854 un tale gettò contro una donna volontariamente un pomodoro. Non si propose la questione della lesione personale, nè della ingiuria. Ma l'accusa si portò sull'applicazione dei due articoli del regolamento di polizia; l'uno dei quali proibiva il getto di *corpi duri*, e l'altro il getto d'*immondezze* contro le persone. Quel giusdicente però considerò che un pomodoro non era un *corpo duro*, che non era una *immondezza* poichè si mangiava: e credette di assolvere. Io pensai cosa avrebbe detto quel giudice se a lui fosse stato vuotato addosso un fiasco d'olio, o di vino!

Nel 1864 fui consultato sull'appresso caso. Due si battevano a pugni in una pubblica via. Il proprietario della casa attigua per farli smettere rovesciò su di loro un catino d'acqua dalla finestra sovrastante. La rissa cessò. Ma costoro si volevano querelare per il getto dell'acqua. Io risposi che sebbene per le teorie sostenute dal Pubblico Ministero di Lucca l'atto di bagnare qualcuno considerato come causa di *dolore fisico* si pretendesse elemento bastevole di *lesione personale*, pure il fatto di quell'uomo era scriminato in faccia a qualsivoglia titolo si volesse obiettare, perchè da tutti lo ponevano al coperto i requisiti della *legittima difesa altrui*. Certamente non può trovarsi eccesso dove col versamento di un poco di acqua si risparmiava il versamento

di sangue umano, ad imitazione di quel fatto di Luigi Filippo che fugò una sedizione col mezzo dei Pompieri.

Questi ed altri casi che vengo raccogliendo nelle mie note parranno inezie a chi nel silenzio del suo gabinetto si pasce di filosofiche speculazioni. Ma non appariranno tali a chi conosce quale importanza assumano nelle controversie del foro certe singolari applicazioni dei principii teorici al proteiforme svolgimento dei fatti. D' altronde io ho l' esempio di tanti illustri (come Werner, Wehner, Berger, Huber, Hommel, Leyser, ed altri moltissimi) i quali hanno riunito lo svolgimento della teoria col ricordo di singolarità pratiche da loro osservate.

§. 1396.

Non può pertanto dubitarsi che il criterio *essenziale* di questo malefizio abbiasi in un *atto materiale* che produca l' effetto di minorare ad un uomo il godimento della sua personalità senza distruggerla; o col recargli dolore fisico; o col recare detrimento al suo corpo; o col disturbare il suo intelletto. Che se codesti effetti non furono ottenuti ma erano dall' agente voluti, e gli atti avevano potenza di cagionarli, sorgerà naturalmente il titolo di *tentata* o *mancata* lesione. Finqui non evvi argomento di questione.

Ma questa nozione ha dessa nel suo elemento soggettivo un limite, una *condizione essenziale* in una *violenza materiale* inferita al corpo? Il dubbio è grave: e la ragione di dubitare nasce da questo, che lo intelletto di un uomo si può perturbare anche perpetuamente senza che si siano esercitate materiali violenze sul suo corpo, col solo mezzo di un' azione morale sulla sua mente. È ben possibile

che la umana malizia scelga questa perfida via pel fine scelleratamente calcolato di condurre alla demenza il nemico. È ugualmente possibile che il reo calcolo raggiunga lo intento. Si avrà allora il risultato della lesione personale che la scienza moderna ha riconosciuto bastevole a costituirne il titolo, anche indipendentemente da qualunque dolore fisico, o da qualunque alterazione corporea sensibile agli occhi altrui. Ma potrà dirsi che il delitto difetta nello elemento subiettivo perchè il colpevole non ha ottenuto il pravo suo fine col portare la mano violenta sul corpo del nemico: bensì col mezzo di un falso messaggio, di una lettera annunziatrice di tremendo disastro, o di altro simile mezzo calcolato e diretto precisamente a perturbare le facoltà intellettuali dell' odiato nemico. Ciò si è pensato da alcuno: e secondo codesto pensiero una scelleratezza così nera, e così fatalmente fortunata dovrebbe restare impunita. Ma io (salvo il debito rispetto alle opinioni altrui) non posso tranquillizzarmi su codesta dottrina.

§. 1397.

Questa opinione va certamente a ritroso della dottrina prevalente fra i medico-legali: i quali neppure si fecero a considerare la questione dei mezzi morali poichè ciò era loro impossibile quando ritenevano che neppure lo *effetto morale* occasionato da mezzi meccanici potesse portarsi a carico del feritore. Discutevano con molto studio nella scienza loro sui criterii per distinguere la morte avvenuta per *patema,* dalla morte avvenuta per *commozione cerebrale* (vedasi Gandolfi *delle lesioni violente*

pag. 116) e quando il mezzo meccanico, come una percossa nel capo, avesse dato occasione al primo fenomeno anzichè al secondo ritenevano non doversene dare debito al feritore. Ma i codici contemporanei hanno fatto questo primo passo: ed era un passo gravissimo, e molto pericoloso: hanno cioè posto a carico del feritore anche gli effetti che si direbbero puramente *morali,* come il delirio; quasi presumendo che cotesto effetto debba risalire come a sua causa ad uno sconcerto fisico. Arduo poteva essere questo primo passo: sia per determinare in punto astratto giuridico se indistintamente l' alienazione mentale sopravvenuta ad una ferita debba portarsi sulla responsabilità dell' offensore: sia nel punto di vista meramente pratico per le grandi difficoltà e conseguenti pericoli che s' incontrano nello stabilire con certezza il nesso ontologico tra il fenomeno morale e l' azione meccanica del ferimento. Una volta però che cotesto grave passo si è fatto non vi è più ragione per trattenersi dall' altro, il quale presenta forse minori difficoltà e minori pericoli. Sicuramente non mi stancherò mai dal ripetere che grande cautela abbisogna ai periti medici in simili giudizii; e grande accorgimento occorre al giudice nel tener conto delle congetture loro in pregiudizio del giudicabile. Ma la scienza si propone il problema giuridico presupponendo indubitata la dimostrazione delle sue condizioni di fatto. Le difficoltà di procacciare tale dimostrazione possono condurre la prudenza del legislatore a modificare nei suoi dettati la soluzione scientifica del quesito, e potrà meritar lode se spaventato dalla fallibilità degli umani giudizi preferì la impunità

del colpevole ai rischi della innocenza. Ma ciò conduce ad una soluzione di convenienza politica non ad una soluzione assolutamente giuridica.

§. 1398.

Risalendo a più generali principii io osservo che la legge penale ad altro non mira che alla protezione del diritto. Non vieta certi atti, o certi mezzi, in quanto simili mezzi od atti le siano odiosi: ma soltanto perchè da cotesti atti e mezzi prevede come conseguenza la effettiva lesione del diritto, alla quale l'autore loro l'indirizzava. Che se certi mezzi sono agli occhi della legge più odiosi che certi altri, ciò non è per un mero arbitrio di antipatia, ma sempre perchè in faccia a cotesti mezzi le apparisce poter essere più intensa o più certa la violazione del diritto che vuole proteggere. È questo l'unico motivo a cui s'inspira la legge penale quando porta le sue considerazioni sovra certi determinati mezzi facendone altrettanti criterii *misuratori* della quantità politica dei reati. È il fine di proporzionare la protezione al pericolo del diritto: ma il reato agli occhi suoi rimane sempre nella offesa, o nel pericolo del diritto, e non già nei mezzi contemplati in loro medesimi.

Osservo più specialmente essere stato, in proposito di omicidio, pacifico anche nell'antica scuola lo insegnamento (§. 1087) che la sua essenza di fatto non esige per propria condizione certi determinati mezzi, e specialmente non esige che sul corpo dell'ucciso abbia il colpevole portato mano violenta, quando a fine di dar morte abbia usato arti che ne

siano state effettivamente cagione. Per questi principii generali non parrebbe potersi lasciare impunito colui che (per esempio) al fine di accelerare la morte di un vecchio minacciato di apoplessia se gli facesse innanzi a dargli la falsa nuova della morte del figlio, e troppo bene riuscisse ad ottenere lo immediato risultamento del suo infernale disegno. Non credo che in cotesta ipotesi si volesse persistere nei dubbi; perchè il risultamento materiale dell' uomo morto (e diciamo pure ucciso per opera del suo nemico) si vede e si tocca con mano (1). Ma se la procacciata demenza non può costatarsi con lo scalpello anatomico, come la procurata apoplessia, possono ben esservi nella concatenazione dei fatti alcuni criterii che ugualmente persuadano il giudice del nesso ontologico tra il fatto malvagio e lo effetto; e possono esservi nei caratteri stessi della demenza criterii che rendano positivamente certo il patologo di codesto nesso.

(1) In tutti i casi però ed in tutte le forme la *lesione personale* quando lasciò tracce dietro di sè deve noverarsi fra i reati di *fatto permanente*, perchè se non restano segni speciali dei *mezzi* rimangono segni degli *effetti*. Laonde anche nella lesione personale giustizia esige che come precetto assoluto si tenga sempre la necessità della più esatta e completa verificazione del corpo del delitto. Sulle terribili conseguenze di una precipitazione o trascuranza nello assodamento. del corpo del delitto è ricordevole il caso verificatosi alla Corte di Assise di Padova nell' Aprile 1872 riferito dall'*Eco dei Tribunali n.* 2457.

§. 1399.

Non è nuovo il caso che certe sevizie materiali abbiano deteriorato la salute di un uomo quantunque coteste sevizie non si siano estrinsecate in atti violenti sul corpo. Si è (a modo di esempio) tenuto un bambino per lungo tempo in luogo umido o freddo, gli si è porto scarso cibo che senza essere venefico era però insalubre; ciò si è fatto per il pravo fine di condurlo lentamente a perire; e si è ottenuto lo effetto fino a certo punto di un grande detrimento nella salute dello infelice. La giustizia è accorsa per fortunato avviso di qualche pietoso vicino. Nè mai si è esitato dalla giustizia in codesti casi a riconoscere la essenza di fatto della lesione, quantunque non vi fosse il concorso nè di atti violenti, nè di veleno. Ora quando le sevizie fossero state semplicemente morali, ma ugualmente preordinate, e pertinacemente continuate al nefasto fine, e il nefasto fine ne fosse conseguito, non potrebbe a parer mio esitarsi nel riconoscere sufficienti elementi per l'azione della punitrice giustizia (1)

(1) Questa forma criminosa trovasi da alcune pratiche designata col nome di *maltrattamenti in famiglia: Responsa Tubingensia vol. 4, resp.* 11. Ma non vi è bisogno di creare questo titolo speciale, bastando ai casi che meritano veramente punizione il titolo di *lesione personale*. Ciò si argomenta a *fortiori* dalla relativa giurisprudenza Francese. Vedasi Blanche *quatrième etude n.* 594.

§. 1400.

Nella ipotesi nostra sembra si obietti che non siamo nei termini nè di azione materiale con effetto materiale, nè di azione materiale con effetto morale, nè di azione morale con effetto materiale. Siamo bensi nei diversi termini di azione morale con effetto puramente morale. Ma cotesta obiezione poggia ella assolutamente sul vero? Siamo noi certi, è certa essa la scienza medica, che quelle cui si attribuisce comunemente il nome di perturbazioni morali procedano senza una alterazione materiale, o senza una qualsiasi passione degli organi corporei? È vero che l' occhio del chirurgo settore non troverà sempre nel cervello del pazzo una modificazione a cui possa attribuire la causa del turbamento avvenuto: ma tutto ciò che l' occhio umano non vede, non può per questo solo motivo affermarsi che non sia. E intanto la medicina adopera rimedi materiali per curare la perturbazione morale. È inesatto pertanto a mio credere lo accettare la formula comune di perturbazione morale come una proposizione esclusiva di qualunque resultato materiale. Anche nell' alienazione di mente il risultamento materiale vi è pur troppo. Ve ne ha uno esterno che tutti veggono allo spettacolo di un maniaco. Ve ne ha uno interno che non cessa di esistere quantunque l' occhio del medico (che è pur sempre occhio umano) nol vegga. E poi una volta e quando le leggi odierne hanno riconosciuto la perturbazione intellettuale come criterio sufficiente del titolo di lesione personale, la obiezione per co-

testo lato non ha più base giuridica. La ragione di dubitare non può più cercarsi nel risultamento che ormai la legge ha riconosciuto come sufficiente alla costituzione del titolo criminoso. La ragione di dubitare non può cercarsi che nei *mezzi*. Ma quando i mezzi (1) furono preordinati al fine, ed erano al fine idonei, e al fine riuscirono, non evvi ragione giuridica di distinguere in faccia ad una legge che ha per sommo principio la protezione del diritto avverso ogni modo possibile di aggressione.

(1) Non deve dimenticarsi che malgrado la formula *mezzi morali*, anche i mezzi che tendono a *ledere la sanità di una persona senza che sia portata la mano sul corpo della vittima* hanno sempre bisogno di una estrinsecazione *materiale* idonea a cagionare improvvisa paura od improvviso dolore, onde dalla istantanea commozione dell' animo nasca la commozione oervea la quale produca la lesione personale desiderata dal colpevole: si usi una lettera, si usi un messo, si usi altro qualunque meccanismo, vi è sempre bisogno di un *atto esterno* abile a cagionare paura o dolore. Laonde in quell' *atto esterno* vi è sempre quanto basta a costituire la *forza fisica soggettiva* del maleficio, la quale non si completa per uno od altro *modo speciale di azione* sulla vittima; ma si completa per la sua *potenza* a raggiungere l' *oggetto* del reato, cioè la lesione del diritto agognata dallo agente.

§. 1401.

L' unico argomento che abbia aspetto giuridico contro la opinione nostra è quello che traggesi dalla difficoltà della prova (1). Sicuramente la prova del maleflzio in cotesta tesi versa in doppia difficoltà. Sarà necessario giustificare lo elemento materiale

rendendo certa la giustizia che la causa della perturbazione mentale fu il fatto dell' accusato. Sarà necessario giustificare lo elemento intenzionale rendendo certa la giustizia che quel mezzo fu deliberatamente preordinato dal colpevole al pravo fine. Ma che perciò? Ripeto anche una volta che la scienza deve prevedere, e la legge provvedere per ogni caso criminoso purchè possibile il caso, e possibile benchè ardua la prova. La sola impossibilità assoluta dell' uno o dell' altra può giustificare il silenzio. Ora cotale impossibilità è tutt' altro che dimostrata nei termini nostri. Potrà benissimo la preordinazione del colpevole giustificarsi in modo luminoso sia per la assenza di qualunque altro colore, sia per le stesse sue dichiarazioni. E quanto allo elemento materiale la difficoltà che consiste non già nel provare la perturbazione avvenuta, ma nel chiarire che la causa della medesima fu precisamente il fatto dell' accusato, e non altro, è pur troppo comune a tutti quanti i casi nei quali il corpo del delitto o dell' aggravante sta nel turbamento intellettuale. Questa fase morbosa non può vedersi da un medico legale con quella sicurezza con la quale guarda in un cadavere gli effetti letali di una ferita, o di un tossico. Bisogna che proceda sempre per via di una diagnosi congetturale; e fortunatamente la scienza medica può avere dei criterii sufficienti anche per cotesta via. Ma ad ogni modo la obiezione non approda, perchè la difficoltà di una diagnosi congetturale è comune così alle perturbazioni che si vogliono referire ad un' azione morale sulla vittima, come a quelle eziandio che si vogliono referire ad un' azione materiale. Ed io vidi in prati-

ca frequentissime le polemiche acerrimamente combattute tra i periti del fisco, ed i periti della difesa; chè gli uni sostenevano doversi attribuire il sopraggiunto delirio alle percosse patite, e gli altri invece allo spavento, ad un eccesso di sdegno, o ad altra cagione individuale. Spetterà al giudice in coteste titubanze lo scegliere la più verosimile opinione, e nel dubbio la più mite. Ma noi guardiamo la questione in astratto e nella ipotesi di una prova completamente ottenuta.

(1) È appunto per cotesta considerazione che uomini di vaglia si vorrebbero recisamente pronunziare contro la moderna teorica della lesione personale. Fra gli altri l' illustre prof. Giovanni Gandolfi di Modena in una sua dottissima lettera a me diretta (che avrei voluto inserire a questo luogo) ha usato ogni sforzo per convincermi essere inconveniente la nozione del codice Toscano. Studiati i suoi argomenti mi sembra si stringano in questo concetto che egli per diverse vie vuol dimostrare: cioè che quando ad una ferita sia sopraggiunto il delirio dell' offeso, la scienza medica non può mai avere criterii bastevoli ed esclusivi di ogni possibile contrario, per affermare che quel delirio fu conseguenza della ferita. Perciò l' insigne professore considera come altamente pericoloso lo istituire un criterio di gravità della lesione nella sola circostanza del delirio transitorio sopravvenuto; il quale può facilmente avere cause indipendenti, e può anche con troppa facilità simularsi da un offeso che anela vendetta. Condotta la questione su questo terreno non si verrebbe più a limitare la disputa sullo elemento soggettivo della lesione personale, ma veramente si tornerebbe a restringerne il criterio oggettivo. Su cotesto terreno peraltro la questione esce dal mio dominio, ed io mi limito ad accennarla perchè ne giudichi chi è competente a conoscerne.

§. 1402.

Or quando si abbia cotesta prova completa; quando siamo certi che un uomo è riuscito a procurare con deliberato proposito la demenza del suo nemico, non penso che la giustizia debba arrestarsi solo perchè cotesto terribile effetto il colpevole potè ottenere con mezzi morali, anzichè con la belladonna, con la datura stramonia, o con le percosse nel capo (1). La legge che è tanto sollecita a punire colui che ammenò un pugno nell' impeto della collera con leggerissimo danno, non può lasciare impunito colui che privò la creatura di Dio del suo più splendito e prezioso attributo.

(1) In proposito dei *mezzi* coi quali si era procacciato il danneggiamento dell' altrui persona, io vidi nel 1857 elevarsi una questione singolarissima. Il Regio Procuratore presso il tribunale di Lucca inoltrò un ricorso alla Corte Suprema per sostenere la tesi che la inoculazione di male venereo presenti i termini di lesione personale, e così per tale circostanza intendeva dovesse risultarne nel delitto di violenza carnale la qualifica dei maltrattamenti che hanno prodotto lesione personale grave a forma dell' art. 285 del codice penale Toscano. La Corte Suprema respinse cotale assunto. E di vero in faccia al concetto dell' art. 285 cotesta tesi mi sembrava piuttosto audace, perchè manifestamente il legislatore ebbe in veduta quelle lesioni personali che fossero per risultare dalle violenze esercitate per soggiogare la femmina: e d' altronde vi era totale deficienza dello elemento intenzionale della lesione. Il fatto della comunicazione colposa di male venereo è stato previsto come reato speciale da alcune legislazioni: il codice di Oldenburgo art. 387 lo punisce col

carcere da un mese ad un anno: vedasi Waechter *de lege Saxonica pag.* 34. Ma quando ciò si facesse con animo deliberato a nuocere per odio contro qualcuno, io non esiterei a riconoscervi l'elemento materiale di una lesione personale per cui si rendesse applicabile questo titolo di reato.

§. 1403.

Se la nozione in discorso si esprime con la formula *lesioni meccaniche*, o con l'altra *lesioni violente*, la nozione stessa viene a coartarsi nel criterio subiettivo del *meccanismo* o della *violenza*, e la questione relativa ai mezzi morali non sarà neppure proponibile. Ma tale questione ha però sempre il suo grande valore a priori, affinchè la scienza determini appunto se la nozione medesima debba completarsi col solo criterio *obiettivo*, oppure desumersi dal doppio criterio *subiettivo* ed *obiettivo* concorrente, e l'uno e l'altro ristretto ad una condizione di materialità (1); sicchè vengano per un riguardo ai diversi mezzi a lasciarsi impuniti parecchi fatti che possono risultare non meno degli altri gravemente offensivi al diritto. Ma se tale questione proponesi non più nei puri termini astratti della scienza o del diritto costituendo, ma in faccia al codice Toscano che accettò la moderna nozione della lesione personale non parmi che l'art. 325 presenti ostacolo al mio pensiero. L'art. 325 porge della lesione personale una nozione tutta *oggettiva:* niente cura dei mezzi, o dei modi; *chiunque dolosamente o colposamente ha cagionato un danno o un dolore al corpo, od una perturbazione alla mente altrui,* è reo di lesione personale. Questa definizione

tutta si radica sul risultamento; e quanto al soggetto niente altro esige tranne il nesso di causa con quello, e il concorso del dolo, o della colpa. Non essendovi restrizione nella legge per cui possa dirsi che nella forza fisica soggettiva del reato essa esiga un' azione materiale sul soggetto passivo, ed escluda una mera azione morale esercitata dal colpevole con atti esterni, non vi ha ragione di distinguere in faccia ad una legge il fine della quale è la protezione della persona umana avverso qualsivoglia sorta di malvagità. Ciò che accennai pertanto (§. 1087, nota 2) circa i mezzi morali in proposito dell' omicidio, persisto a crederlo vero anche in proposito della lesione personale.

(1) Fra i codici contemporanei è pronunziatissima tale divergenza nel modo di concepire la definizione di questo titolo di reato.

Accettano la nozione puramente soggettiva e materiale — il codice Francese del 1810 (art. 309, 311) *qui aura fait des blessures, ou porté des coups* — il codice Sardo (art. 637) *le ferite, le percosse, ed altre simili offese volontarie contro le persone* — il codice Modenese del 14 decembre 1855 (art. 390) *le ferite, o le percosse volontarie* — il codice Napoletano del 1819 (art. 356, e seg.) *ferita, o percossa* — il codice Parmense del 5 novembre 1820 (art. 315) *atti di violenza volontari che avranno prodotto ferimenti, contusioni, lacerazioni, e offese simili* — il codice Ticinese del 1.° luglio 1816, riformato con la legge del 14 giugno 1844 (lib. 2.° capo 3.°) *ferite ed altre offese recate al corpo* — il codice di Neuchatel 21 decembre 1855 (art. 163) *fait des blessures, porté des coups, ou administré des substances*. Ecco una definizione tutta soggettiva e materiale. Ugualmente materiale è la definizione del codice del

Brasile (art. 201) *ferir, ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica com que se cause dôr ao offendido.* — Invece hanno espresso la nozione di cotesto reato con una formula soggettivamente materiale, ma oggettivamente anche immateriale i seguenti codici — il codice dei Grigioni (art. 121) *chi apporta un' offesa al corpo di un altro.* Ecco la soggettività *materiale;* la offesa dev' essere recata al corpo: ma prosegue a prevedere tanto il *danneggiamento della salute* (oggettività materiale) quanto lo *scompiglio delle facoltà intellettuali* (oggettività morale). Ma poichè nel rapporto della soggettività esige la *offesa al corpo* quantunque questo codice consideri i risultati morali, non può dirsi che contempli i *mezzi morali* — il codice di Friburgo del 19 luglio 1849 (art. 184) contempla pure sotto il rapporto oggettivo l' effetto della demenza prodotta all' offeso. Ma nella nozione soggettiva usa la formula — *celui qui attaque avec violence, maltraite, blesse une personne, ou se livre envers elle à des actes quelconques nuisibles à son corps ou à sa santé.* Ora la formula *actes nuisibles à son corps* materializzerebbe la nozione nel suo rapporto soggettivo; ma l' aggiunta *ou à sa santé* con più la parola *quelconques* (di qualunque natura) porta a dubitare che anche i *mezzi morali* come atti nocevoli alla salute eseguiti a cotesto fine malizioso cadano sotto la definizione: molto più che fra i risultati di danno alla salute si enumera espressamente la demenza. Il codice di Vaud del 18 febbraio 1843 presenta analoghi termini (art. 230). Comincia da descrivere il delitto con formula materiale — *voies de fait, mauvais traitements;* ma poi soggiunge *ou actes* QUELCONQUES *nuisibles à la santé* (art. 233). Fra i nocumenti della sanità enumera la *demenza* e la *imbecillità* (risultamento morale) e così viene a proteggere tanto la individualità fisica quanto la individualità psicologica.

Con uguale larghezza scende a dare la idea dello elemento soggettivo nella nozione della lesione personale il codice Badese (§. 245 e 232) — *Chiunque per mezzo di* UN' AZIONE

INGIUSTA, *il cui successo sia da imputarsi a dolo determinato o indeterminato, offende un altro nel corpo o nella salute.* La soggettività del reato in questa definizione non altra condizione esige tranne un fatto che possa chiamarsi *azione;* che tale azione sia *ingiusta ;* che proceda da dolo; che si connetta come *causa* al successo del danneggiamento della salute altrui. Dov' è la condizione che tale efficienza come causa proceda da un rapporto *fisico,* anzichè da un rapporto puramente *morale?* Il codice Toscano evita studiosamente qualunque referenza alla soggettività materiale del reato. Lo costruisce sulle pure condizioni del risultamento purchè voluto ed ottenuto: tace affatto dei mezzi. E questo basti come saggio del modo con cui vuol essere studiato il proposto problema in faccia alle leggi positive.

§. 1404.

Altra interessante questione in proposito della perturbazione mentale vidi elevarsi sul tema dello *svenimento.* E tale ricerca non solo interessa nel riguardo dell' aggravante, ma ancora per la esatta determinazione della *essenza di fatto* di questo reato. Non una sola volta ma parecchie i pubblici ministeri sotto il codice del 1853 sostennero la gravità della lesione sul solo criterio di uno svenimento che aveva sorpreso la vittima di una leggera percossa al seguito della medesima: altrettante volte io sostenni la opposta opinione, e i tribunali mi secondarono. Siccome per l' art. 329 la lesione personale improvvisa porta ad un massimo di otto mesi di carcere se fu leggera, e ad un massimo di tre anni, oltre la carcerazione preventiva, se essa fu grave; così la questione è di alta importanza. Secondo la opinione che nello svenimento vorrebbe

riconoscere una perturbazione mentale, se ad una donna alla quale il marito ha dato uno schiaffo piacesse di svenirsi, il marito potrebbe (in faccia alle disposizioni del codice Toscano) andare incontro a tre anni di prigionia, ed anche a sette anni di casa di forza se quello schiaffo resultasse premeditato. Ma io credo assolutamente falsa codesta opinione.

E falsa la credo perchè oltre alla considerazione giuridica della esorbitanza delle conseguenze, io credo che neppure fisiologicamente possa affermarsi che lo svenimento sia una *transitoria perturbazione mentale*. Lo svenimento è una paralisi momentanea, un indebolimento, rilasciamento, prostrazione (la chiamino come vogliono gli esperti nel linguaggio dell' arte) *degli organi corporei;* ma degli organi corporei soltanto. La *mente* non è affetta; non è disturbata nelle funzioni sue proprie. Resta inerte nel sentire e nell' agire, per la stupefazione momentanea dei nervi. Non è un momento di perturbazione intellettuale: nel deliquio come nel sonno l'animo interrompe la sua dominazione sul corpo; ma non può dirsi che una qualsiasi modificazione organica influisca sulla sua potenza intellettiva.

§. 1405.

Qui risorge la questione se alla *essenza di fatto* del malefizio si debba richiedere come estremo indispensabile il *dissenso* del soggetto passivo. E cotesto dubbio è apparso più grave nel titolo di lesione di quello nol fosse nel tema dell' omicidio, per la ragione che se il diritto alla vita è nell' uomo un diritto inalienabile, non lo è sempre altret-

tanto il diritto che ha l' uomo alla integrità del suo corpo (1). Ma coloro che hanno creduto per cotesta ragione di potere affermare come regola nella lesione personale che il consenso del leso tolga la imputabilità dell' offensore, hanno confuso il criterio della proposizione. È verissimo che l' uomo ha dalla legge di natura piena balia di disporre delle sue membra, consentirne anche la lesione per procacciare a sè un migliore vantaggio; laonde nessuno sognerebbe (almeno nello stato attuale della dottrina) di dichiarare delitto il fatto del flebotomo, del dentista, o del chirurgo che procede all' amputazione di un membro per curare l' infermo. Ma la vera ragione della innocenza di tali atti sta precisamente nel fine innocente, per il quale si esclude il *dolo*, e perciò bisogna eliminare ogn' idea di criminosità da un atto posto in essere al legittimo fine di liberare una umana creatura da un' affezione morbosa, o da una deformità, o da un pericolo nella salute. E tanto è ciò vero che ogni qual volta si configura nella lesione consentita dal leso un fine doloso si procede senza esitazione a riconoscerne la politica imputabilità.

1) Possono vedersi Muller *dissertatio de murcis, Lipsio* 1779 — Engelheid *de jure militum naturali* §. 752 *ad* 757, *pag.* 312 *et seqq.* — Bertout *dux ad universum jus pag.* 5, *n.* 20. In Francia la giurisprudenza ha supplito al vuoto delle leggi applicando la pena ordinaria del ferimento alle lesioni inferite ad un coscritto consenziente per esimerlo dal servizio militare. Vedasi Blanche *quatrième etude n.* 567. Questa lacuna fu riempita in Francia dalla legge speciale del 21 marzo 1832.

§. 1406.

Così nel caso della mutilazione di un coscritto eseguita al fine di sottrarlo al servizio militare, tanto è lungi che il consenso del mutilato tolga al fatto la essenza di malefizio, quanto è certo al contrario per lo insegnamento universale e per le comuni sanzioni delle leggi che per tale mutilazione dichiarasi criminalmente imputabile anche colui che l'abbia operata sopra sè stesso (1). Al delitto in siffatta ipotesi non si trova la oggettività nel diritto del giovine mutilato, ma nel diritto che ha la patria al suo servigio militare, e nel diritto che hanno i successivi coscritti di non marciare in sua vece. Laonde sorge evidente lo elemento del dolo, in quanto l'azione precisamente si dirige alla violazione dei diritti altrui. Su questo argomento potrebbe fornire elegante tema di disputa la costumanza semibarbara che si conserva in alcune contrade della nostra Italia, ove le giovinette per soddisfare alle gelose esigenze dei loro amanti si deturpano volontariamente o permettono che si deturpi loro la faccia con incisioni che distruggono la bellezza del loro volto, onde porgere in cotal guisa guarentigia perpetua di fedeltà ai loro fidanzati. Io troverei difficile di giustificare la tolleranza di codesto uso con la sola teorica dei diritti alienabili: ma non esiterei a scusarla col sommo principio della mancanza di dolo. Anche nella evirazione consentita non per cagione di cura medica, ma per altro fine, a me pare indubitato che il consenso (2) del mutilato non escluda la politica imputabilità.

(1) Ed è a notarsi che alla imputabilità politica della mutilazione del coscritto basta quel semplice fine, sebbene non susseguito dal *danno effettivo*. Così la giurisprudenza francese ha deciso doversi applicare la pena ordinaria al fatto della mutilazione di un coscritto quantunque sia poscia risultato che per altri impedimenti da lui non conosciuti nè preveduti esso era inabile al servizio militare, ed aveva diritto ad esserne esonerato anche senza quella mutilazione: Morin art. 8800. Questa dottrina severa non può trovare ragione giustificativa nella *indole sociale* di questa forma di malefizio.

(2) *Leg. Corn.* 4, §. *constitutum* 2, *ff. ad leg. Corn. de sicar.* Da questo frammento argomentarono i pratici che chi evirava sè stesso dovesse punirsi di morte: Dambouder *practica crim. cap.* 88, *n.* 11 — Julius Clarus *quaest.* 68, *n.* 7 — Deciano *in tract. crim. lib.* 9, *cap.* 1, *n.* 24 *et* 54 — Farinaccio *quaest.* 20, *n.* 153; *et quaest.* 128, *n.* 32 — Aymaro Rivallio *jur. civ. hist. lib.* 2, *n.* 105 — Gregorio *syntagma lib.* 36, *cap.* 16. Ma ciò che più è singolare è quello che si ricorda da Jousse; cioè che due sentenze del 1710 emanate dalla balìa criminale di Auxerre condannarono alla galera due chirurghi che avevano eseguito la evirazione per curare un' ernia. Ma in alcuni di quei codici nei quali si previde con apposita sanzione il delitto di castrazione, trovo che la distinzione tra la evirazione eseguita sopra persona maggiore e consenziente, e quella eseguita sopra minorenne, o dissenziente, fu calcolata non pel fine di dichiarare esente da pena il primo caso, ma solo pel fine di punirlo meno. Su ciò io reputo meritevole di essere meditata la vera ragione giuridica sulla quale può adagiarsi cotesta diminuente. Si fonda essa sopra un principio *soggettivo*, o sopra un principio *oggettivo?* In altri termini il consenso della vittima esprime un dolo minore nel colpevole, o esprime una lesione di minori diritti? Il problema è assai delicato. Il codice Ticinese presenta questa specialità: punisce (art. 273) coi lavori forzati di terzo grado la evirazione se fu violenta, o caduta sopra un minore di 14 anni; la punisce

(art. 274) coi lavori forzati di primo grado, se lo evirato era maggiore e consenziente: differenza tra caso e caso anni 10 di durata. Cotesta differenza non è neppure tanto leggiera da non esigere un motivo gagliardo.

§. 1407.

Il chiarissimo professore Pietro Ellero in proposito di ciò che scrissi (§. 1155) circa il *suicidio*, mi avverte che la non imputabilità del suicida deriva spontanea dalla connessione di queste due proposizioni 1.° — Che non può esservi *delitto* senza *lesione di un diritto*. — 2.° Che l' uomo *non ha diritti sopra sè stesso*, e perciò con uccidersi o ferirsi non viola alcun diritto. Accettando codesta formula di dimostrazione acutamente suggeritami dal mio illustre ed amato collega, si viene necessariamente a due conseguenze.

1.° — Che anche nel *suicidio* come nella *lesione del consenziente* se la scriminazione si adagiasse su codesto solo principio, bisognerebbe concluderne che tanto il *suicidio* quanto la *lesione del consenziente* diverrebbero inevitabilmente punibili, ovunque in cotesti fatti si potesse riconoscere la *lesione di un diritto* altrui. Ora cotesta conseguenza si ammette universalmente nella ipotesi della *lesione:* e così tutte le buone legislazioni (cominciando dai Romani che punivano (1) i *murcii)* hanno inflitto pene contro il coscritto e contro il soldato che si mutila per non militare: appunto perchè in cotesta ipotesi si trova la lesione del diritto della patria, e delle successive reclute. Ma tutte le buone legislazioni non ammettono la punizione del suicida neppure in co-

teste contingenze (2). Così il soldato che stanco di militare in vece di mutilarsi tenti uccidersi, quantunque offenda con ciò precisamente gli stessi diritti che avrebbe leso col mutilarsi, non è punito per il tentato suicidio. Dunque (salva la debita reverenza) non posso accettare la propostami dimostrazione; perchè sebbene la medesima sia *buona* e *vera*, non è però assolutamente *adeguata*, non bastando essa a rispondere a tutti i casi, com' è necessaria condizione di una dimostrazione completa.

Ove però non volesse accettarsi come fondamento della non imputabilità del *suicidio* la presunzione di furore, potrebbe meglio ricorrersi alla *mancanza di dolo*, estremo necessario di ogni delitto. Potrebbe dirsi che chi si uccide non ha l' animo di *nuocere ad altri*, od eludere un diritto altrui: il fallito non si uccide per defraudare i creditori, ma per sottrarsi al disonore che lo minaccia. Laddove il soldato che si mutila evidentemente intende a defraudare la legge, e nuocere così alla patria che ha diritto al suo servigio militare, come alla successiva recluta che sarebbe da lui coperta, e vivere ozioso ed inerte a dispetto della legge.

Del rimanente, o vi si giunga per una via o per un' altra, certo è che le scuole e le legislazioni moderne sono generalmente concordi su questi due punti; della assoluta impunibilità del suicidio anche quando si dimostri eseguito col fine di nuocere ai diritti dei terzi, e della indubitata punibilità in certe condizioni della lesione di sè stesso.

(1) Presso i romani i coscritti che si mutilavano per tedio del servizio venivano designati col nome derisorio di *mur-*

cos. Sulla etimologia di cotesta parola disputano gli eruditi. Alcuni vogliono ravvisarvi una parola locale delle Gallie, leggendo in Ammiano Marcellino (*hist. lib.* 15, *cap.* 12, *localiter* invece di *jocaliter:* Tacito *de mor. Germ. cap.* 12. Altri vollero derivarlo dal greco: Vossio *Etimologicon* alla parola *murcum*. Altri dal nome di *Murcia* che davasi ad un tempio di Venere sull' Aventino, a cagione dei mirti che lo circondavano: Festo *de verborum significatione pag.* 255. Altri dalla dea *Murcia* o *Murcèa* che consideravasi come protettrice degl' infingardi: Stuck *sacrorum gentilium pag.* 42 — *Murcèa, sive Murcia, Dea desidiae quae homines murcidos reddebat.* Altri dal latino *mutilus et mollis:* Menagio *amoen. lib.* 1, *cap.* 3. Altri da *marcare* che vale *resecare, praescindere:* Du Cange *glossar. verbo marcare.* Singolare è la etimologia che riferisce Pitiseo (*lexican antiquitatum, verbo murci*) che dal maluso di troncarsi i pollici per rendersi inabili al servizio militare derivò la parola *poltrone*, quasi *pollice troncato*. Quello che vi ha di certo si è che severissime pene si edittarono contro coloro che per siffatta ragione infierivano a danno del proprio corpo. Si ha da Valerio Massimo (6, 3) che il senato li puniva con la confisca dei beni, e con la detenzione perpetua. Gl' Imperatori li addissero alla Curia, *leg.* 1 *cod. Thead. de fil. milit.:* e giunsero a condannarli ad esser bruciati vivi: *leg.* 5 *cod. Theod. de tiron.* La pena di morte rilevasi ancora dalla *leg.* 38, §. 12, *ff. de poenis;* e *leg.* 6, §. 7 *ff. de re milit.* In Francia per quanto riferisce Jousse (*vol.* 3, *pag.* 834) una dichiarazione del 4 settembre 1677 minacciava pure la pena di morte. In Sassonia una legge del 7 aprile 1768 ridusse la pena di questo reato a breve carcere temporario; e secondo ciò che riferisce l' Hommel (*Rapsod.* 419) pare che generalmente in Germania non si estendesse la pena oltre sei settimane di carcere. Ivi prevalse la massima che la mutilazione di sè stesso, anche eseguita dal soldato già iscritto sotto le bandiere, fosse delitto minore della deserzione, perchè con la medesima non si viola il giuramento. Il codice

penale Toscano (art. 338) commina la carcere da sei mesi a due anni. Il codice militare Sardo (art. 160) minaccia la reclusione da tre a cinque anni.

(2) Io tengo come erronea la opinione che i romani punissero il suicidio con la confisca dei beni, e altrove dimostrai (§. 1155 nota 2) che gli editti ond'ebbe occasione codesto equivoco non fecero che mantenere la confisca contro i colpevoli i quali già l'avessero incorsa per il loro reato, e che tentassero di eluderla col mezzo disperato del suicidio. Può dunque affermarsi che il suicidio quantunque appositamente commesso per nuocere ad altri non punivasi neppure dai romani; poichè altro essi non facevano se non impedire che il danno agognato dal suicida si consumasse: Hommel 127.

§. 1408.

2.° — La seconda osservazione a cui mi conduce la formula proposta dal mio riverito collega, si è che (anche accettata la medesima) resterebbe pur salda la punibilità del partecipe del suicidio, dell'uccisore del consenziente, non meno che del complice di colui che si mutila. E ciò perchè sebbene io non abbia diritti sopra me stesso, e nel fatto di uccidermi non si possa ravvisare quanto a me la violazione di un diritto, pure bisogna bene in me riconoscere un diritto sopra gli altri, per il quale essi sono tenuti a rispettare la mia vita, ed a non procacciare che la medesima sia violentemente troncata fosse anche per la stessa mia mano. Chi volontariamente coopera per qualsivoglia modo alla morte di un uomo, viola senza dubbio il dovere giuridico che egli ha di rispettare la vita altrui, e di astenersi da qualunque atto che possa menomarla. Nè da cotesto dovere giuridico lo scioglie il con-

senso della vittima; perchè è inattendibile, cadendo sovra cosa della quale essa non è libera dispositrice. Nè vi è ragione giuridica per dirlo sciolto da tale dovere per la mera *accidentalità materiale* che lo strumento del quale egli si valse a procacciare la morte altrui fosse piuttosto la mano della stessa vittima anzichè la propria, o quella di un terzo. La imputabilità dello *strumento* non è condizione necessaria alla imputabilità del motore dello strumento. Che io per uccidere altri mi valga di scellerato sicario, o di un pazzo, o di un fanciullo, o di un animale, o di un ordigno meccanico, o della mano del mio stesso nemico, torna all' istesso. Io ho voluto l' altrui morte; l' ho voluta cagionare con un atto esterno da me diretto a quel fine: la ho effettivamente cagionata con tale atto. Sono dunque responsabile di una volontaria violazione di diritto. Per eliminare da me codesta responsabilità (sia nella uccisione, sia nel danneggiamento del corpo altrui) non vi è che una formula possibile: voglio dire quella che renda giuridicamente operativo di cessazione di diritto il consenso del paziente. Ma cotesta formula è inaccettabile in faccia ai principii fondamentali del diritto naturale (1).

(1) Queste osservazioni richiamano a quanto già notai al §. 1155 nota 1, al §. 1156 nota 1, e al §. 1157 nota 1. Il resultato della teorica non può essere nettamente formulato se non si distingue con diligente cura il caso della partecipazione al suicidio altrui o alla lesione volontaria di sè stesso, dal caso della uccisione o della lesione del consenziente. Questi due termini si sono spesso confusi così dagli antichi come dai moderni; ed anche recentemente Voisin nella sua dis-

sertazione *de la complicité (Paris* 1858, *pag.* 140) dà il nome di partecipazione al suicidio alla uccisione del consenziente. Tenuta ferma codesta distinzione noi riassumiamo la nostra opinione nelle seguenti proposizioni:

1.° La *uccisione del consenziente* è sempre omicidio, e sarà costantemente delitto anche in faccia ad una legge che non contempli il suicidio, malgrado le speciose argomentazioni di Chauveau *(Théorie du code pénal n.* 2423, *et suiv.)* e malgrado la pretesa teorica del *buon fine.* Pretendere che la uccisione del consenziente non possa incriminarsi perchè chi lo uccise *credette di fargli un benefizio,* innanzi tutto converte una iperbole fantastica in una realtà. Ed oltre a ciò partirebbe da un principio che non può senza pericolo ammettersi come precedente nella materia penale. Colui che ha rubato al vicino la carne in un venerdì, può dire io lo feci per impedirgli di peccare. Colui che ha adulterato con la donna del vicino inutilmente desideroso di prole, può dire io lo feci per procacciargli la consolazione di un figlio. Sotto cento facce potrebbe riprodursi codesta fallace dottrina se si ammettesse come ragione d'impunità il pretesto di aver voluto recare un bene all'altr'uomo mediante la lesione dei suoi diritti. A questa configurazione vogliono essere applicate le dottrine di Carnot *(Code pénal art.* 295, *n.* 17) di Ortolan *(n.* 1202) e della Corte di Cassazione di Francia nei due giudicati del 16 novembre 1827, e 23 giugno 1838. Nettissimo è il pronunziato scientifico della prima di queste decisioni. « *Attendu que... l'action pour la quelle une* « *personne donne volontairement la mort à autrui, con-* « *stitue un homicide volontaire, un* meurtre, *et non un* « suicide, *ou un acte de complicité de suicide* ».

2.° La *lesione del consenziente* è sempre una lesione personale, la quale di regola deve essere punibile tranne che per le regole generali della imputazione possa questa eliminarsi per la vera mancanza di dolo. A tale configurazione risponde la decisione della Corte di Cassazione del 13 agosto 1813.

3.° Il *suicidio* non può essere considerato come delitto; e così neppure può il medesimo imputarsi quando sia semplicemente tentato, sebbene possa trovarvisi il fine di ledere un diritto altrui.

4.° La *partecipazione od ajuto al suicidio* altrui appo quelle legislazioni ove il suicidio non è punito, non può essere colpita da pena per applicazione delle regole generali della complicità, perchè non può esservi accessorio senza principale; nè sotto il colore di complicità di omicidio, perchè con ciò si falserebbe il titolo principale. A questa configurazione sono applicabili le dottrine da me altrove allegate, il giudicato della Corte di Cassazione del 27 aprile 1815, e lo insegnamento di Merlin *(questions de droit, vol.* 15, *mot. suicide)* ove si trovano le conclusioni da lui spiegate nell'affare *Lethuillier* giudicato dalla Cassazione col precitato decreto del 1815; e Rauter *n.* 442.

5.° La *partecipazione nel suicidio altrui* è in faccia alla scienza senza dubbio punibile. Ma perchè di fatto lo sia bisognerà che la legge vegliante lo abbia dichiarato tale come reato di per sè stante.

6.° La *lesione di sè stesso* non è di regola punibile tranne quando la medesima si rivolga a ledere i diritti altrui, e sia per cotesto punto di vista specialmente contemplata come delitto *sui generis* dalla legge vegliante.

7.° La *partecipazione alla lesione di sè stesso* non può essere punita sotto il pretesto delle regole generali della complicità, quando la lesione di sè stesso non è come fatto principale punita. In quei casi nei quali lo sia può cadere sotto il titolo di complicità in questo particolare delitto.

CAPITOLO IV.

Segue lesione personale — Suo elemento intenzionale.

§. 1109.

La lesione personale, contemplata sotto il punto di vista della sua forza morale soggettiva, incontra le identiche divisioni che già trovammo in proposito (§. 1094) dell'omicidio. Essa si divide in lesione *dolosa, colposa* (1) e *preterintenzionale:* e queste tre nozioni procedono sullo identico ordine d'idee; cosicchè poco o niente vi è da osservare di nuovo, salvo a notare qualche varietà nell' applicazione dei principii.

(1) L'uso più frequente nella pratica odierna del titolo di *lesione colposa* non incontrasi come appo i Romani nella ipotesi del potatore dell'albero, o del giuocatore di palla, o del lottatore; bensì incontrasi nella ipotesi di guidatori di vetture che per averle mosse sbadatamente o troppo velocemente vennero a ledere la persona di qualche passeggiero. Di questo caso trattarono specialmente: Harpprecht *de jure aurigarum circa delicta cap.* 2, *thes.* 5 *et* 6 — Responsa Tubingensia *consil.* 47, *n.* 76 — Carpzovio *praxis criminalis quaest.* 27, *n.* 64 — Mevio *pars.* 1, *decis.* 221. Generalmente in questa ipotesi prevalse la regola della *compensazione delle colpe* nel senso che non fosse imputabile l'auriga tutte le volte che al disastro aveva concorso anche la colpa dello stesso passeggiero sia perchè fosse egli corso incontro alla vettura da lui veduta, sia perchè non si fosse tirato in disparte quando il vettore lo ammoniva o con la

voce o col romore della frusta. Ameno è su questo proposito il caso che riferisce Gravina *de origine juris, lib.* 1, *cap.* 149, *pag.* 147. Un accusato di simile fatto si manteneva in silenzio alle interpellanze del giudice, e ciò per apposito consiglio del suo patrono. Rimproverandolo il giudice dello irreverente silenzio, il difensore si affrettò a scolparlo dicendo che il poveretto non poteva rispondere perchè era muto. Ma l'offeso colà presente fu sollecito ad avvertire il giudice non dasse retta a simile menzogna, poichè egli aveva bene inteso come colui potesse liberamente parlare quando nell'atto di venirgli addosso gridava *guardati guardati*. Ed allora replicò il difensore — ergo absolvatur, *praemonens enim de danno non tenetur*. Questa teorica della *compensazione delle colpe* ha la sua radice nella *leg.* 52, §. 1 *ff. ad leg. Aquil.* sulla quale mi sono altrove trattenuto, e che richiamò le speciali osservazioni dello Zaccaria nel suo *liber quaestionum, pag.* 165, *Vittemberga* 1805.

§. 1410.

Come l'omicidio dicesi doloso sempre che vi è nell'agente o la volontà diretta alla morte, o la presunta previsione del risultamento mortifero; così la lesione personale è *dolosa* tostochè all'animo di nuocere all'altrui persona va congiunta o la volontà precisa di offenderla, o la presunta previsione attuale che dall'atto incriminato fosse per risultarne la offesa alla persona. Non credo che possa esservi ragione speciale di negare nel delitto di lesione la distinzione fra dolo determinato e dolo indeterminato, dove la medesima possa essere produttiva di pratica utilità. Colui (a modo di esempio) che vedendo una persona dicontro a sè scaglia un sasso contro di lei, potrà dire che non ebbe intenzione di

ferirla, e volle soltanto farle paura. Ma poichè egli certamente dovette prevedere che quel sasso potesse ferire e nonostante volle scagliarlo, rimarrà nel suo fatto la figura del dolo, indeterminato sì, ma pur sempre dolo. Queste distinzioni saranno più difficili ad afferrarsi nella lesione perchè i loro caratteri delimitativi sono nella concretazione del fatto meno pronunziati, ma pur sempre bisogna riconoscerne possibile la relativa esistenza e verificazione (1).

(1) Nella vecchia pratica dove non erasi ancora nitidamente svolta la distinzione fra dolo *indeterminato, preterintenzionalità*, e *colpa*, e dove la pena di morte imminente ad ogni omicidio dava un lodevole passaporto a tutte le opinioni benigne quantunque meno esatte, si accolse come regola che la lesione prodotta con scagliamento di sasso dovesse sempre presumersi *colposa:* Responsa Tubingensia *vol.* 9, *consil.* 47, *n.* 16 *et seq.* e gli autori ivi citati.

§. 1411.

Come nell' omicidio non si ha la ipotesi della pura colpa se non dove manchi ad un tempo e la volontà di dar morte, e la previsione attuale di poterla recare con la propria azione, così la figura della lesione puramente *colposa* non può trovarsi se non dove manchi ad un tempo la volontà e la previsione di ledere la persona.

La vera configurazione della lesione colposa esige l'assenza di qualunque intenzione diretta ad offendere la persona, altrimenti sorge la complicazione della colpa informata da dolo per far prevalere questo su quella. Le ragioni giuridiche e politiche che

per principio generale fanno ammettere la imputabilità della colpa come regola comune a tutti i maleflzi che producono un danno immediato non reintegrabile, procedono naturalmente anche in proposito della lesione. Soltanto è sembrato ad alcuni legislatori (e fra questi al legislatore toscano del 1853) che dovesse lasciarsi da banda la repressione penale nel caso di lesione leggera colposa. Ciò può bene ragionarsi su quello che noi (§. 126) riconoscemmo come vero principio fondamentale della imputabilità politica della colpa: avvegnachè sebbene anche nella lesione leggera siavi proporzionalmente un danno immediato, pure quando questa è colposa il danno mediato che ne deriva è così lieve e quasi impercettibile da non meritare che si ponga in movimento il magistero punitivo, bastando la via civile alle riparazioni dovute all' offeso. In una parola manca al fatto dannoso lo *elemento politico* per elevarlo a delitto (1).

(1) In proposito delle lesioni colpose si è modernamente riprodotta con qualche calore fra i giuristi e medico legali la disputa relativa alla responsabilità in via penale dell' ufficiale sanitario, che procedendo alla cura di un infermo con metodi contrari ai precetti della scienza, o nell' uso di cotesti metodi non adoperando la debita diligenza, abbia cagionato lo storpio del paziente, o gravi danni alla di lui persona. Su ciò è da vedersi la dissertazione del Mittermajer inserita nell' *Eco dei Tribunali nn.* 871, *e* 872. In principio astratto parmi che la dottrina si debba stringere nelle seguenti proposizioni: — 1.° il medico chirurgo versando in un' arte così difficile e controversa non potrà dirsi responsabile di ciò che è dipeso dal giudizio scientifico, perchè nella cura abbia osservato i dettati di una scuola piuttosto che di

un' altra. Laonde male sarà sostenibile una imputazione di colpa che contro lui si appoggi unicamente sulla censura del metodo prescelto — 2.° i medici e chirurghi essendo posti nella necessità di agire, e spesso dovendo agire con precipitazione ed urgenza, non potranno tenersi responsabili criminalmente di una trascuranza od omissione leggera, nella quale siano caduti applicando il metodo scelto — 3.° quando però la trascuranza presentisi tale da esaurire i caratteri della colpa lata, le divergenze delle dottrine e la necessità di agire non possono in punto astratto di diritto mettere gli ufficiali sanitari al coperto dalla penale responsabilità. Tutta la difficoltà nei casi pratici si ridurrà a provare la colpa lata, e sarà difficoltà molto grave.

§. 1412.

Come l' omicidio è preterintenzionale quando vi fu volontà di offendere la persona, ma non vi fu volontà e neppure previsione di ucciderla; così la lesione assumerà la forma di *preterintenzionale* quando vi fu da un lato la volontà di offendere la persona ma non si previde attualmente di poterle arrecare quel tanto male che in fatto venne recato, ma che peraltro era possibile allo agente di prevedere. Così la nozione della lesione preterintenzionale non può assolutamente applicarsi a questo titolo in genere considerato; ma soltanto ad alcune delle sue specie comparativamente ad altre sue specie. Mi spiego: non è possibile configurare una lesione leggera preterintenzionale, perchè la preterintenzionalità presuppone l' animo di offendere la persona; onde la offesa leggera essendo l' infimo grado della offesa, non può sceverarsi cotesta ipotesi dalla forma del vero dolo con lo stabilire una dif-

ferenza fra la previsione dell'agente ed il resultato. Potrà tutto al più mantenersi, come ho detto, la distinzione fra dolo determinato, e dolo indeterminato per via di sottilissima investigazione, ma la preterintenzionalità in cotesti termini è assolutamente impossibile a concepirsi.

Questa figura particolare, che per lungo descrissi al §. 1101 e segg., non può trovar dunque la sua applicabilità al titolo di lesione, tranne sotto il punto di vista del rapporto differenziale di gravità fra lesione e lesione. Potrà dirsi vi fu l' animo di ledere *leggermente*, ma non l' animo nè la previsione di ledere *gravemente*. Fu ammenato uno schiaffo; si ebbe animo certamente di offendere la persona ma ne conseguì un passeggero delirio nell' offeso, lo che rende grave la lesione: ecco che la ferita grave potrà dichiararsi preterintenzionale ove il giudice si convinca che il colpevole non volle cagionare quel delirio, e neppure previde attualmente di poterlo cagionare, quantunque fosse possibile di prevederlo. Potrà dirsi del pari che vi fu l' animo di ledere *gravemente*, ma non l' animo nè la previsione di recare lesione *gravissima*. Fu recata una ferita la quale cagionò la perdita *perpetua* di un *senso* nell'offeso, lo che rende la lesione *gravissima*: questa lesione gravissima potrà dal giudice dichiararsi preterintenzionale quando egli si convinca che fu voluta o preveduta soltanto una lesione grave, ma non si volle nè si previde attualmente quella *perpetuità* di danno che eleva il titolo al sommo sotto il rapporto della quantità naturale; ma che peraltro era possibile all' agente di prevedere simile resultato.

(1) Il codice penale Francese del 1810 (draconiano in ogni sua parte) non aveva tenuto conto alcuno della teorica della *preterintenzionalità*. Ma passando recisamente dai fatti *volontari* e *dolosi* ai fatti meramente *colposi*, aveva lasciato una deplorabile lacuna nella gradazione dei reati di sangue. E questa lacuna (come osserva Blanche *quatrième etude pag.* 644) aveva condotto la Cassazione di Francia ad ammettere che l'omicidio *preterintenzionale* si punisse alla pari del *volontario* con la galera a vita. Tale esorbitanza fu corretta mercè la legge del 28 aprile 1832, che riformando l'art. 309 vi aggiunse una disposizione per la quale se dalle offese volontariamente inferite *senza intenzione di recare la morte*, questa ne fosse ciononostante conseguita, la penalità si riducesse ad una media fra quella dell'omicidio e quella della lesione, vale a dire dei lavori pubblici a tempo. Ma le riforme degli errori incorsi in un codice penale, richieste dalla umanità e dalla giustizia, non si fanno sventuratamente che a ritroso ed incompletamente. La logica e la giustizia avrebbe consigliato i riformatori di Francia tostochè avevano riconosciuto la teorica della *preterintenzionalità* nel titolo di omicidio, ad accettarla in tutta la linea ed applicarla eziandio nel tema delle *lesioni gravi*. Ma qui si arrestarono quei legislatori. Cosicchè mentre stabilirono col novello art. 309 che chi avesse cagionato ad altri *mutilazione* con le violenze inferite dovesse punirsi con la reclusione da cinque a dieci anni, non avvertirono alla ipotesi della *preterintenzionalità*, e così rimase colpito della reclusione tanto colui che avesse usato quelle violenze *al fine esplicito di mutilare*, quanto chi le avesse inferite senza prevedere che disgraziatamente ne *conseguisse* mutilazione; e il vecchio errore non fu corretto che per metà. Probabilmente anche questa volta quei riformatori si sdrajarono sul pericoloso origliere della speranza delle attenuanti, e lasciarono ai giurati la cura di riparare a quei vizi legislativi che essi avevano la missione di eliminare con precetti positivi e costanti.

§. 1413.

Ecco i termini nei quali procede la nozione della preterintenzionalità applicata al titolo di lesione personale. In cotesti termini tale nozione è stata sanzionata in perfetta conformità con le regole della scienza (1) dal codice penale Toscano all' art. 330. Questo articolo peraltro limita le condizioni della preterintenzionalità alla sola differenziale nel rapporto dello affetto con lo effetto, che può intercedere fra la lesione leggera da un lato, e la grave o gravissima dall' altro lato. E veramente la differenziale fra la lesione grave da un lato e la lesione gravissima dall' altro lato, quantunque idealmente possa concepirsi, ella è così difficile a stabilirsi in pratica che una legislazione positiva può bene risparmiarsi di descriverne i termini, lasciandone alla prudenza del giudice la possibile valutazione nel determinare la quantità della pena.

(1) Lo Jagemann (*dissertazione 2, sulla lesione personale pag. 262*) recisamente nega la possibilità pratica di cotesta verificazione. Secondo lui, se è possibile stabilire con certezza che il giudicabile volle piuttosto ferire che uccidere, o uccidere anzichè ferire soltanto, non è del pari possibile stabilire nei casi concreti che lo agente istituisse il calcolo preciso di ferire leggermente anzichè gravemente, o piuttosto gravemente che leggermente. La osservazione dello Jagemann è giustissima in punto di fatto, e sarebbe valutabile se la preterintenzionalità del ferimento grave si ragionasse esclusivamente sui calcoli della *volontà*. Ma la dottrina toscana ragiona piuttosto sui calcoli della *previsione*. Ora prendendo per base il corso ordinario degli avvenimenti ed il nesso

ontologico più o meno stretto di causa ad effetto, si può benissimo stabilire se il vero od il falso alleghi il giudicabile quando deduce che *non previde* quel risultamento dal fatto suo cagionato. Ed allora se il giudice si può convincere per concludenti congetture che l' agente *non previde* il ferimento grave ma che potea prevederlo, mi sembra che sia una logica necessità concluderne che *non lo volle*. E questa conclusione viene ad adagiarsi sopra l' assioma, *ignoti nulla cupido*. Sembra che lo Jagemann non ammetta altra distinzione che quella fra l' animo diretto *a danneggiare la persona*, e l' animo diretto soltanto *ad ingiuriare*, come nello schiaffo: e quindi ammette che in questo secondo caso il ferimento grave conseguito sia a tenersi come *colposo;* e nel primo caso sia sempre a tenersi come *intenzionale*. È evidente che lo Jagemann non prende in esame la dottrina della *preterintenzionalità* dominante in Toscana. Questa dottrina stabilisce fra la *colpa pura* ed il *dolo puro* una figura intermedia e d' indole tutta sua propria, risultante dalla permistione di dolo, e di colpa; e per la medesima si negano tra noi ambedue le proposizioni dello illustre alemanno. Non si ammette che debba tenersi come puramente *colposo* il ferimento grave o la uccisione prodotta da uno schiaffo, perchè quantunque nello schiaffo si voglia considerare come prevalente il fine di fare ingiuria vi è pur sempre il disegno d' ingiuriare col mezzo della offesa reale alla persona; vi è cioè il dolo speciale della lesione personale. Non si ammette che ogni lesione grave cagionata con animo di offendere debba punirsi come intenzionale quando risulti che la gravità fu un effetto assolutamente impreveduto. All' uno ed all' altro caso la pratica nostra supplisce con maggiore esattezza mediante la figura della *preterintenzionalità*.

§. 1414.

Ma poichè il titolo di lesione sta nella scala dei malefizi in una sede intermedia, così la indagine

sullo elemento intenzionale in questo reato non solo vuole essere proposta pel fine di abbassarne il titolo o la imputazione, ma anche per l'opposto fine di elevare l'uno e l'altro. Non solo può esservi ragione di dire che l'*effetto* ha superato l'*affetto* al fine di dichiarare la lesione o preterintenzionale o colposa; ma può esservi ragione di dire tutto al contrario che l'*affetto* superava l'*effetto* inquantochè il feritore intendeva a recare lesione grave o gravissima dove non procacciò che lesione leggera, o intendeva recare morte dove non produsse che sola lesione. Lo che portando a definire il titolo non più secondo lo evento, ma secondo la intenzione, al maleflzio rappresentato da quello viene a surrogarsi la nozione del tentativo; per la quale il delitto o cambia titolo e classe se la intenzione era diretta alla morte, o riceve un aumento di quantità senza variare di classe se la intenzione era diretta a più grave lesione di quella prodotta.

§. 1415.

Sotto questo punto di vista ci basti ricordare i principii generali che esponemmo alla materia del tentativo. E specialmente la necessità indispensabile nella quale versa chiunque voglia affermare che il fatto non si deve definire e misurare dallo evento, ma da una più atroce intenzione: la necessità io dico di costruire per argomenti distinti la prova dei due estremi indispensabili al tentativo, cioè dello elemento materiale e dello elemento morale. Lo elemento materiale è costituito dalla potenza nell'atto esterno di procurare quella maggiore offesa che si

sostiene voluta dall' agente. Lo elemento morale si costituisce dal disegno determinato di cagionare quel male maggiore che (quantunque gli atti eseguiti avessero abilità di condurvi) non si giunse ad ottenere. Nel tema presente è più importante che mai ricordare come si cada in un errore giuridico tutte le volte che si vuole supplire la prova del primo elemento con la prova del secondo, o viceversa. Il titolo di lesione esulerebbe quasi affatto dal fòro se la sola potenza degli atti, cioè la sola abilità dello strumento feritore ad essere causa di morte, supplisse senza più alla prova della più feroce intenzione. Poichè rara essendo la ipotesi di una ferita che non abbia (date certe condizioni materiali) potenza di cagionare la morte (a modo di esempio, per tetano o per cancrena) tutte le lesioni, specialmente con arma, si convertirebbero in tentati omicidii. L' animo più feroce non sempre accompagna l' uso di strumenti capaci di cagionare danno gravissimo, e che l' agente adoperò senza scelta perchè la occasione glieli somministrava. Quest' animo dunque ha bisogno di essere dimostrato per altri argomenti suoi proprii.

§. 1416.

Deve inoltre ricordarsi che la ipotesi del tentativo non solo può essere relativa all' omicidio, ma ben anche alla lesione stessa, e nei congrui casi alla lesione grave o gravissima. In pratica ciò talora si scorda. Tostochè un giudicabile ha ferito con arme (e più specialmente poi se ha esploso un' arme da fuoco e non ha colpito) si corre subito alla idea

dominante dell' omicidio. Il difensore sostiene che non vi è niente, quasichè quello esploditore volesse soltanto metter paura: lo che può essere nei congrui casi, ma non sempre. L' accusatore non transige; si afferra tenace all' omicidio tentato o mancato: per lui chi esplode arme carica vuol sempre uccidere. E i giudici fluttuanti fra questi due estremi (che spesso in faccia al vero sono egualmente erronei) esitano tra l' accettare l' affermazione o la negazione, e dimenticano talvolta il termine medio della *tentata lesione*. Eppure dovrebbe essere questa la soluzione più frequente del problema pratico, per la inconcussa ragione che nel *dubbio* si deve presumere la intenzione *più mite*, e l' animo meno malvagio; e perchè in fatto la idea della morte del nemico è la più rara ed eccezionale: come è positivo il fatto che la conseguenza PIÙ RARA delle ferite è la morte. Io non so come possa tutti i giorni tranquillamente affermarsi che la morte è la *conseguenza ordinaria e naturale*, o almeno la conseguenza *più probabile* delle esplosioni di arme a fuoco. Per dileguare dalla mente questo pregiudizio smentito dalla storia dei fatti, non occorre andar cercando i registri degli ospedali, gli annali della chirurgia, o le statistiche delle battaglie; basta consultare nelle cancellerie criminali i processi di ferimento con arme a fuoco, e compararli ai processi di uccisione con arme a fuoco; e la logica infallibile dei numeri dimostrerà lo errore di quella affermazione. Questa osservazione è importantissima, specialmente quando l' accusa non si limiti al solo tentativo, ma voglia spingersi all' assunto dell' omicidio mancato, il quale è una tesi antigiuridica quando la non avvenuta

morte fu la conseguenza più frequente e più facile del modo scelto alla offesa, anzichè di uno straordinario fortuito.

§. 1417.

Per ultimo è da cercarsi se per avere la lesione dolosa sia necessario l'animo diretto precisamente al fine di *recar dolore fisico al nemico*. Il dubbio non nasce quando l'atto si è diretto esplicitamente alla offesa della *proprietà*. Allora se (a modo di esempio) nel rubare un oggetto da dosso ad altri si viene accidentalmente a cagionargli un dolore fisico, o una lacerazione alla pelle, la lesione sarà evidentemente *colposa;* perchè il dolo diretto alla offesa della proprietà è troppo difforme dal resultamento del danno personale per congiungere in un solo i due maleflzi. Ma il dubbio nasce quando si faccia la ipotesi dell'animo diretto alla offesa pur sempre della persona ma in un diritto diverso da quello della integrità fisica: per esempio alla offesa della sua libertà, o del suo onore. La questione non si è generalmente considerata come meritevole di serio studio; e la maggior parte dei giuristi e legislatori indistintamente riconoscono il titolo di lesione personale dolosa in qualunque offesa causativa di dolore fisico, quantunque risulti fatta piuttosto con animo di offendere la persona nel suo onore, anzichè di recarle patimento al corpo. Vi furono però dei legislatori che previdero questo caso, e lo risolvettero mantenendo il titolo di lesione personale dolosa benchè mancasse l'animo di recare patimento al corpo del nemico. E più singolare si è che questi legislatori ben lungi dallo impropriare in simile

fattispecie il titolo di lesione lo ritennero meritevole di un aggravamento. È notabile la sottile distinzione che si è raccolta dal codice del Brasile all'art. 206, ove le offese recate al corpo col solo fine di fare oltraggio sono punite diversamente dalle offese inferite al corpo col fine di recare dolore. Chi ferisce leggermente col fine d'ingiuriare può essere punito col carcere fino a due anni: chi ferisce leggermente col fine di recar dolore non può essere punito (art. 201) che col carcere fino ad un anno. Identico pensiero ispirò il codice Spagnuolo all'art. 345 (1). Le ferite leggere possono essere punite alternativamente o col carcere, o con lo esilio, o con la multa. Ma se furono commesse a *fine d'ingiuriare*, o con *accidentalità ignominiose*, è impreteribile l'applicazione *simultanea* e della multa e dello esilio: ed anzi il Pacheco nel suo commento vi vorrebbe congiunta ancora la carcere. Sicchè il fine di ledere l'onore col mezzo di una lesione corporea si considera da quelle legislazioni come una circostanza aggravante. Qual'è la ragione di cotesta teorica? L'aggravante appartiene essa alla quantità naturale in quanto il reato lede più di un diritto; o alla quantità politica in quanto per la lesione corporale che offende ancora l'onore si paventa il pericolo di duelli? Entrambo queste idee possono collegarsi logicamente coi principii fondamentali. Ma il vedere considerata come aggravante una circostanza che a prima giunta al volgare sentire apparirebbe una diminuente, e trovarsi ciò in due codici che reggono popolazioni specialmente sensibili in punto d'onore, mi fa credere la seconda spiegazione più vera della prima. Sia che vuolsi di ciò, a noi basti per il tema

presente poter tenere come proposizione sicura che nel linguaggio e giure moderno (checchè potesse sembrare ai romani) anche nelle percosse ammenate pel solo fine d' ingiuria si riconosce il titolo di lesione personale dolosa (2).

(1) Cotesta idea già si era formulata con analoghe disposizioni nel progetto delle Cortes del 1822. Laonde non essendomi riuscito trovare in leggi o scrittori più antichi la dottrina di tale aggravamento, parmi si possa congetturare che il codice Brasiliano lo prendesse ad imprestito dal primo progetto spagnuolo. Non trovo tale idea nei *Fueros*, nè nelle *Partidas*. Sicchè (salvo che i miei studi siano riusciti incompleti) la genesi di siffatto aggravamento risalirebbe alla Spagna costituzionale. Altri forse più erudito di me potrà trovargli origine più remota.

(2) Analoga alla questione che sorge intorno alla lesione corporale operata con l'animo non di danneggiare il corpo ma di fare oltraggio all'onore, è la questione relativa alla *spinta*. Tale questione io vidi agitarsi con grande calore in faccia ai tribunali lucchesi, e fu risoluta con una decisione emanata dalla Rota Criminale il giorno 6 aprile 1852, la quale dichiarò che anche la spinta costituiva una vera e propria percossa. È indistintamente *percossa* (fu detto) qualunque atto col quale violentemente si spinge la mano contro il corpo altrui. Questo concetto risponde alla nozione materiale della percossa; ma la ragione di dubitare non dovea tanto cercarsi nello effetto, o nella natura dell' atto materiale adoperato contro il corpo altrui, quanto piuttosto nell' *animo* dello agente. Una spinta potrà talvolta ammenarsi con la intenzione di recare dolore fisico all' avversario; ma il più spesso potrà essere informata dalla intenzione di allontanarlo da sè, o di fare un atto di disprezzo contro di lui. E se malgrado questo diverso animo si riconosce nella spinta una vera e propria percossa, ciò torna sotto forma diversa a di-

mostrare che la essenza del delitto di percossa si appaga delle condizioni materiali purchè procedenti da un animo ostile, senza esigere che quest' animo si diriga al fine di recare dolore piuttosto che di allontanare, o d' ingiuriare l' avversario. Queste difficoltà mostrano il pericolo in cui si versa accettando la definizione soggettiva della lesione. Tirare i capelli, frapporre un inciampo ad altri perchè cada, gettare un tizzo ardente sul corpo altrui, ed altri simili atti, incontreranno essi il divieto della legge che adoperò il vocabolo percossa? Usate invece la definizione oggettiva. La essenza del reato sta nel dolore fisico prodotto: i mezzi e l' animo, purchè ostili, rimangono indifferenti. Da questa idea che confesso in me dominante dell' aborrimento contro qualunque definizione che un codice penale voglia trarre da una *materialità soggettiva* anzichè (come dovrebbesi) dalla *oggettività morale* o *giuridica* s' informa da capo a fondo il piccolo trattato che vengo pubblicando sotto il titolo delle *definizioni pericolose in giure penale*, e se ne informano parecchie note ed osservazioni che ho fatto in questo *Programma*. Anche nel presente titolo la definizione francese *colpi* e *ferite* (art. 309 del codice **1810**) era desunta da un criterio *materiale* e perciò aveva dato luogo ad infinite questioni e perplessità. Vedasi Blanche *quatrième etude n.* 560. Nel 1863 si sentì in Francia il bisogno di correggere anche questa viziosissima definizione: ma non si volle già mutare la falsa via prediletta da quei legislatori. Si allargò la descrizione delle materialità aggiungendo nel nuovo articolo 309 — *ou commis toute autre violence ou voie de fait*. Ma lo ulteriore svolgimento dei casi pratici non mancherà di mostrare la incompletezza anche di questa nuova definizione, perchè tale è la conseguenza necessaria ed inevitabile di tutte le definizioni soggettive. Il codice Toscano con la formula tutta oggettiva *lesione personale* ha supplito al bisogno con la più nitida semplicità ed eliminato tutti i pericoli. Le riforme Francesi del **1832** e del 1863 sull' art. 309 (intorno alle quali è a vedersi Blanche *Quatrième etude pag.* 641)

furono in tutte le altre parti lodevolissime, ma non potè neppure questa volta dimenticarsi la manìa dei criterii materiali nelle definizioni. Anche la vecchia pratica somministra moltissimi esempi dei pericoli che inevitabilmente tengono dietro ad ogni indicazione *di materialità* caduta in una definizione penale. Ne allegherò un esempio come amenità, che lo tolgo dallo Zuccaro *Decisiones Lucenses criminales decis.* **11.** Uno statuto pubblicato dallo Eccellentissimo Consiglio della Repubblica lucchese nell' anno 1600 aveva minacciato la pena di cinque anni di esilio — *se alcun cittadino percuoterà altro cittadino con un bastone.* E bene, avendo la signora Isabella Frediani bastonato il sig. Stefano Orsetti il giudice criminale decise doversi irrogare la pena pecuniaria del giure comune, e non la pena inflitta dalla legge locale, perchè questo statuto penale ed odioso parlando di *uomo* non poteva estendersi alla *femmina.* Meno si definisce in penale meglio si definisce: e il codice migliore così per i giudici Magistrati come per i giudici cittadini è quello che meno definisce, perchè la locuzione *indefinita* equivalendo alla universale non vi è caso che a quella si sottragga; laddove il *definito* lascia sempre qualche caso imprevisto fuori di sè quando desume il suo criterio dalla materia anzichè dalla idealità.

CAPITOLO V.

Segue lesione personale.

Criterii misuratori *della sua quantità* politica.

§. 1418.

Anche in questo argomento ricorrono fra il titolo di lesione personale ed il titolo di omicidio termini

(se non di perfetta identità) di tale analogia da renderne semplice e rapida la esposizione. Già conosciamo (§. 1111 a 1120) qual sia la differenza che passa tra i criterii della quantità *politica* e i criterii della quantità *naturale* di un malefizio; ed è inutile ripeterci. Già conosciamo del pari (§. 1121 al 1234) quali siano i criterii speciali della *quantità politica* dell' omicidio. Sicchè non rimane altro a dire tranne che per l' analogia fra titolo e titolo, i criterii della quantità politica si classano nell' uno come nell' altro; e notare in qual guisa se ne modifichi l' applicazione così nella nomenclatura, come nelle misure.

I.

§. 1419.

Il criterio desunto dal *dolo* distingue anche la lesione personale in lesione *improvvisa*, e lesione *premeditata* (1). La ragione dell' aumento di quantità politica per questo lato scaturisce qui pure dalla considerazione che altrove (§. 1116) svolgemmo della minorata potenza della difesa privata; e così nel maggior danno mediato che sviluppa una lesione commessa al seguito di meditato disegno. Questa circostanza porta spessissimo appo molte legislazioni ad un cambiamento anche di specie di pena quando trattisi di lesione grave. Così pel codice Francese del 1810 la premeditazione, che nel ferimento leggiero operava soltanto un accrescimento della durata del carcere, produceva nel ferimento grave il passaggio dalla pena della reclusione a quella della galera. Nel codice Toscano ugualmente non cambia

specie di pena per la lesione leggiera, ma solo prolunga la durata del carcere; mentre per la lesione grave la premeditazione opera il passaggio (art. 327) dalla pena del carcere a quella della casa di forza. Ma nel codice Sardo all'art. 544 la premeditazione nelle ferite leggiere aumenta la carcere nella sua durata; e nelle ferite gravi che sarebbero punite con la relegazione (art. 538) fino a 5 anni, e nelle gravissime, che sarebbero punite (art. 539) con la relegazione fino a 10 anni, la premeditazione (art. 540) aumenta la pena di uno o due gradi, lo che vuol dire che non vi è cambiamento di *specie*.

(1) Con importanza pratica minore, ma con identico interesse scientifico risorgono in proposito della lesione personale e della premeditazione come aggravante di questo reato tutte le questioni relative allo errore di persona che già toccammo (§. 1136) in proposito della stessa combinazione nell'omicidio. Anche nella lesione premeditata nasce il dubbio se chi avendo deliberato di ferir Cajo, per errore ferì Sejo, debba rispondere della lesione che operò, come di lesione premeditata. Gli argomenti nel senso affermativo e nel senso negativo tornano ad esser l'istessi, e perciò sarebbe inutile riprodurli. Oltre i colà citati può vedersi Van Hasselt nella dissertazione da lui destinata al commento sull'art. 295 del codice penale Francese, ove da pag. 51 a 60 espone largamente la dottrina dello errore nei delitti di sangue.

§. 1420.

Quello che da noi s'intenda per premeditazione, quali siano le sue condizioni essenziali, e quali i problemi che sorgono in proposito della medesima, lo esponemmo largamente al §. 1121 e seguenti, e

basti qui richiamarlo senza tornarvi sopra. Anche in proposito delle lesioni esiste fra gli scrittori e legislatori moderni quel differente modo di vedere che già avvertimmo colà. Avvegnachè alcuni abbiano voluto adeguare la semplice *riflessione* alla vera *premeditazione*, quale universalmente riconoscevasi nella scienza e nella pratica. Lo che porta a ravvisare il sommo grado del dolo nello essere il medesimo determinato all' omicidio o alla lesione prodotta, e accompagnato da freddezza dell'animo; lasciando affatto da parte l' altra condizione della *mora*, o *intervallo di tempo* fra la determinazione e l' azione. Noi ripetiamo ancor qui che le distinzioni fra dolo determinato e dolo indeterminato, e quelle fra animo calmo, e animo esaltato da forte passione (quantunque ingiusta, e non accompagnata da efficacia degradante) vogliono essere tenute a calcolo nella misura della imputazione. Ma non possiamo persuaderci che sia conforme a giustizia dimenticare affatto lo intervallo del tempo, e la preparazione dei mezzi come circostanza che eleva ancor più la quantità politica del delitto, oltre la circostanza della *riflessione*. L' omicidio, o la lesione commessa con *riflessione* (se cotesta parola s' intende come vorrebbesi intendere dai dissenzienti) non potrà mai, per quanto grave, considerarsi come il *più grave* fra gli omicidii e lesioni sotto il rapporto del dolo. Il freddo proposito di uccidere o di ferire, è più odioso e pericoloso, che non lo slancio irriflettuto della malvagità. Ma a quella odiosità sotto il punto di vista morale, aggiunge grande peso la perseveranza; come a quel pericolo sotto il punto

di vista politico aggiunge grande peso la preparazione dei mezzi (1).

(1) Parve a taluno che l'Haus *(observations sur le projet du code Belge vol. 2, pag. 171 et suiv.)* propugnasse la dottrina che escluderebbe il requisito dell' *intervallo* nella premeditazione. Ma a me non sembra che l' insigne criminalista vada direttamente in codesto pensiero. Egli esclude la premeditazione dove siavi bollor di sdegno, o ubriachezza nel momento della determinazione, e in ciò va d'accordo con la teorica toscana, e in questo senso egli esige la *riflessione*. Ma l'un concetto è ben diverso dall'altro. Non può la legge uguagliare ciò che è differente in natura sua: e acutamente osservò Niccolini *meditare* è più di *riflettere;* e *premeditare* è ancora più fisso, più intenso, più lungo, più determinato del meditare. In quanto alla necessità che nella premeditazione simultaneamente concorrano i caratteri di *subiettività* e di *obiettività* richiamisi pure ciò che dicemmo al §. 1132 e seguenti. Sulla premeditazione *condizionata* ricorre la stessa analogia. Vedasi D'Anethan *(de meditato delicto pag. 30 et seqq)* il quale esamina anche la questione della premeditazione limitata a ferire, guardandola nel rapporto del codice penale Francese, che pregiudica tale questione col definire la premeditazione — il disegno di attentare alla persona: Van Hasselt *(animadversiones ad art.* 295, 298 *codicis poenalis pag.* 45) parlando dell'art. 295 del codice Francese avverte, *cujus verba et sententiam non laudamus, sed interpretamur.* La distinzione fra *meditare* e *premeditare* si riconobbe ancora recentemente dalla Corte di Cassazione di Palermo nel suo giudicato del 14 novembre 1864 sul ricorso di *Vincenzo Rizzo* ove letteralmente stabilì che lo avere *meditato precedentemente all' azione il disegno di uccidere* non basta a costituire la circostanza aggravante della *premeditazione*, per la quale è necessario che siasi precedentemente all'azione *formato il disegno;* ossia delibe-

rato positivamente di uccidere. È manifesto anche da questo documento che non solo nelle scuole italiane ma anche nei supremi tribunali del Regno si aderisce tuttavia strettamente alla classica nozione della premeditazione. Notevole in proposito di premeditazione ed importantissimo è il giudicato della Corte di Cassazione di Napoli del 12 settembre 1864 relatore Pironti: vedasi ciò che ho detto al §. 1135 nota.

In questo decreto si stabilisce in primo luogo che non basta dichiarare in sentenza che il delitto fu commesso *dietro disegno precedentemente formato*, se non vien dichiarato altresì che il *disegno era precisamente diretto a quel delitto* che poscia si consumò. Questa prima parte della decisione conferma la regola da me in diversi luoghi sostenuta, che la *premeditazione a ferire* non basta a qualificare come *premeditato* l' omicidio poscia seguitone. Regola che ebbe di nuovo solenne sanzione dalla Cassazione di Napoli nel decreto 11 luglio 1870 sul ricorso *Ruggiero (Temi Zanclea anno* **2**, *n.* **20**) e dalla Cassazione di Firenze nel decreto del 17 febbrajo 1872: *Eco dei Tribunali, n.* **2471**, *pag.* **62**.

In secondo luogo la decisione dichiara che non basta si affermi in sentenza che il *delitto fu commesso con premeditazione*, se non si ripete in proposito di ciascuno degli accusati e dei complici, che *individualmente ciascuno di loro* eseguì con premeditazione la parte di azione di cui vien riconosciuto colpevole. E questa seconda parte della decisione conferma l' altra regola che ho pure tante volte calorosamente sostenuto nei miei scritti, cioè che l' *individuità del titolo* non è niente a considerarsi in punto di premeditazione; ma invece è a considerarsi la *individualità del dolo*. La questione della premeditazione non può proporsi impersonalmente: *essa* (sono parole di quel giudicato) *è un' aggravante tutta morale: rimonta all' animo ed alla volontà di chi medita pria l' azione che vuole, e che eseguisce dopo. Ora è possibile che altri risponda di questo dolo così profondo, se non è lui, proprio lui che è designato come colpevole, se non è che di lui i giudici del fatto abbiano inteso, e potuto parlare?*

Vedasi il Giornale *la Legge n.* 38 del 1865. Più nettamente non poteva sanzionarsi il principio che il partecipe senza premeditazione non è responsabile della premeditazione dell'autore principale, a dispetto della vantata regola dei connessi, e della vantata regola della individuità del titolo, che sono regole senza senso giuridico in punto di dolo. Lode al cielo che le supreme magistrature d' Italia religiosamente conservano le dottrine italiane: e si giudichi altrove come altrove piace. Il principio della *individualità* del dolo applicato alla premeditazione, e il definire questa come disegno *di uccidere* anzichè come disegno di *attentare alla persona*, influiscono eziandio sul grave problema dello *eccesso* del mandatario, del quale già dissi al §. 501 e segg. Fra coloro che acremente propugnarono la tesi che il mandato *a ferire* non renda il mandante responsabile dell' *omicidio* commesso dal sicario, è notevole Berends nella dissertazione intitolata — *Utrum mandator vulneris de caede teneatur, Groninga* 1775. Egli dimostrò vittoriosamente (*cap.* 2) la sua tesi in faccia al diritto romano. In faccia alla dottrina filosofica ei la difese con lo aforismo che non si ha *imputazione senza volontà*, e non si ha *volontà senza previsione:* laonde colui che ordinò il ferimento *senza prevedere* la uccisione del nemico non potendo dirsi, *nec voluisse, nec renuisse* la morte, non può tenersi colpevole di aver *premeditato l' omicidio*. Ma in tale problema rimane sempre un punto confuso. Gli uni lo sciolgono col tenere il mandante responsabile soltanto *de vulnerato*, lochè non è dubbio quando lo eccesso cadde nei *mezzi*. Gli altri lo sciolgono col tenerlo responsabile *de occiso*, lochè in genere si sostiene quando lo eccesso niente cadde sopra i *mezzi*, e non distinguono più oltre. Ma rimane tuttavia la terza formula di soluzione: vale a dire che il mandante si tenga responsabile *de occiso* ma *senza premeditazione;* perchè altro è che alcuno si possa dire responsabile di un omicidio per averne semplicemente preveduto la possibile conseguenza senza però volerla: altro è che a lui si apponga eziandio la qualifica della *premedita-*

zione diretta alla strage, quando la strage da lui non fu *voluta*. Il complice *senza premeditazione* di un omicidio commesso premeditatamente da altri sarà responsabile del titolo più grave, ma non ne sarà mai responsabile con l' aggravante della *premeditazione* quando questa non trovasi nell' animo suo diretta all' omicidio. La necessità del *criterio oggettivo* della premeditazione è stata riconosciuta solennemente di nuovo dal Decreto della Cassazione di Firenze sul ricorso di *Zurco* del giorno 5 marzo 1872. Costui, autore di grave ferimento, fu dichiarato colpevole di *tentato omicidio*. Ad altra relativa questione avevano i Giurati risposto avere lo *Zurco* agito al seguito di disegno *anteriormente maturato*: ma senza spiegare se il disegno anteriore era quello di *uccidere* o quello di *ferire*. E la corte annullò, saviamente giudicando che ciò non bastava a ritenere il tentativo premeditato di omicidio.

II.

§. 1421.

I *vincoli del sangue* tra l' offensore e l' offeso per la già nota ragione di accresciuto danno mediato porgono anche nella lesione personale un criterio giustamente apprezzabile ad elevarne la politica quantità. La lesione per codesta circostanza non assume un *nome speciale*, neppure quando la persona lesa sia un ascendente del giudicabile, ma riceve pur sempre una qualifica odiosa. Questa nel titolo di lesione si è da alcune legislazioni riconosciuta con un rincaro di punizione (1): da altre invece (come dal codice Toscano art. 332) si è riconosciuta soltanto col negare in caso di provocazione l' ammissibilità della scusa o per imporre un aggravamento (art. 333) entro i limiti della pena or-

dinaria, quando la lesione sia stata commessa a pregiudizio di un ascendente, lasciando negli altri casi alla prudenza del giudice la valutazione dell' aggravante mercè un rincaro di severità che esso può fare entro i limiti della pena relativamente determinata.

(1) Il codice Austriaco contempla (§. 153) la qualità di genitore nell' offeso per punire come grave anche la lesione leggiera. Il codice Bavaro (art. 184) decreta un aumento che non può essere minore della metà del massimo minacciato nella pena ordinaria del caso, quando la lesione sia eseguita contro un ascendente, od anche un tutore, od altra persona alla quale debba il colpevole un particolare rispetto. Muta la pena nella sua *specie* per cotesta circostanza il codice Spagnuolo (art. 316). Il codice Francese per la circostanza del rapporto ascendentale fra l' offeso e l' offensore, eleva indistintamente la pena (art. 312) nella sua specie. Dalla carcere si sale alla reclusione; dalla reclusione alla galera: che se la pena ordinaria sarebbe stata quella della galera a tempo si fa passaggio alla galera a vita. Il codice Belga del 1867 art. 410 provvede bastantemente a questa aggravante con la semplice elevazione del minimo.

§. 1422.

Per la dottrina di alcuni pratici (1) invalse un tempo nella giurisprudenza toscana la regola che trattandosi di lesioni leggiere la parentela fra l' offensore e l' offeso dovesse considerarsi come atta a diminuire anzichè accrescere la quantità politica del delitto. Siffatta regola non poteva a mio parere trovare alcuna ragione plausibile tranne il pensiero della familiarità, e dimestichezza confidenzia-

le, o dell' animo di correggere facile ad intervenire fra stretti congiunti. Cotesta diminuente è andata affatto in dimenticanza ancora tra noi. Ma se il vincolo di sangue che intercede fra i trasversali non può ammettersi (almeno per regola, e per semplice riguardo a sè stesso) come circostanza che minori la quantità politica del malefizio, è però assai disputabile se si debba ammettere in modo di canone come circostanza assolutamente aggravante (2) del malefizio, tranne la ipotesi gravissima che la lesione sia caduta sopra un ascendente (3).

(1) La pratica nostra nella materia delle ferite teneva conto delle relazioni tra l' offensore e l' offeso come circostanza valutabile a favore dell' accusato sotto un duplice punto di vista. Ora se ne valeva come motivo per ammettere la efficacia della quietanza in quei casi nei quali di regola non sarebbe stata operativa. E in questo senso pronunziò il Turno di Revisione col decreto del 5 aprile 1833 relatore Carpanini in un caso di ferimento tra conjugi: vedasi Cerretelli alla parola *ferimento n.* 30. La ragione di ciò esce evidentemente dal campo giuridico per entrare nel campo politico. Essa è quella di non disturbare la pace della famiglia rompendo con un giudizio criminale l' avvenuta riconciliazione dei conjugi: ma a tale considerazione andò precisamente a ritroso il codice Toscano quando all' art. 332, §. 2 volle che le lesioni *leggerissime*, non perseguitabili in generale che a sola *querela di parte*, si perseguitassero a pubblica azione se erano inferite agli ascendenti. Io ciò veggo una singolarità: la lesione recata all' ascendente offre larga ragione di aggravare la pena, e il codice Toscano non l' aggrava; la medesima offre più speciali ragioni di facilitare le riconciliazioni in famiglia; e il codice Toscano le osteggia.

Ora si valutò come causa di punir meno; e in questo senso si pronunziò la Ruota fiorentina nel giudicato del 10

gennaio 1833 relatore Puccioni: vedasi Cerretelli alla parola *ferimento n.* 28. Ma qui pure è da notarsi che non già si valutò il rapporto personale come circostanza *minorante la imputazione*, ma soltanto come circostanza diminuente la pena. E qui di nuovo si procedette per considerazioni tutte politiche, allegando la ragione di non esacerbare gli animi dei fratelli riconcillati.

Come causa di *minorare la imputazione* attenente al puro ordine giuridico, la parentela tra l' offensore e l' offeso non può assolutamente valutarsi tranne che nelle offese leggiere, e quando per virtù del rapporto confidenziale se ne possa indurre una trasformazione nel dolo. Tranne queste speciali ed eccezionali considerazioni se vuolsi nei ferimento avere un riguardo alla parentela, questo potrà più facilmente inclinare al rigore che alla mitezza.

(2) Fra le singolarità che si trovano in proposito degli effetti giuridici di certe relazioni personali sulla quantità politica della lesione, è notevole che il progetto delle Cortes spagnuole del 1821 all' art. 649 proponeva che la moglie la quale avesse percosso il marito fosse punita più severamente dello estraneo, e dello stesso marito che avesse percosso la moglie. Le leggi regie di Roma punivano con speciale rigore la nuora che percuotesse il suocero; e gl' interpetri (Ramos de Manzano, Emminghausen, ed altri) vanno in lunghe ed erudite discussioni cercando la ragione movente di siffatta eccezionale severità. Fuvvi chi volle scorgerla nella storia privata di alcuni Re di Roma. Più comunemente trovano la causa di codesta sanzione nella presunzione che la nuora porti sempre odio acerrimo contro il suocero.

Può riferirsi al criterio dei rapporti personali la speciale aggravante che detta il codice di Friburgo (§. 188) per i casi in cui l' uomo abbia ferito una *donna;* o l' offeso fosse uno *storpio;* o fosse un *vecchio* oltre i 70 anni, o un giovinetto al di sotto di 16 anni. Considerazione umanissima, la quale può anche trovare più propriamente la sua ragione in un aumento della quantità naturale del malefizio. Identico

provvedimento leggesi nel codice di Vaud art. 234 lett. f, g. Ma ravvicinate fra loro queste diverse sanzioni rimane incerta la mente, e ondeggia nella difficoltà di condurle all'armonia sintetica di un principio. Il legislatore romano usò maggiore severità contro la nuora che offende il suocero. Il progetto spagnuolo desiderava maggiore severità contro la moglie che offendesse il marito. Il legislatore svizzero volle punito più severamente l' uomo che offende la femmina. E il codice Spagnuolo del 1848 (art. 10 n. 20) tenne pure come più grave il delitto commesso contro il sesso gentile. Se lo studioso volesse raccogliere codesti effati legislativi, e reputandoli giusti comporli insieme in una teorica, a che saremmo noi condotti? Evidentemente tutte le lotte fra marito e moglie sarebbero elevate nella misura penale: la moglie sarebbe punita di più perchè ha offeso il marito a cui deve il rispetto: il marito sarebbe punito di più perchè ha offeso una femmina: sicchè nel loro reciproci rapporti si troverebbero conguagliati. E soltanto vi sarebbe una disparità d'imputazione nel rapporto di coteste querele con le querele fra estranei. Ma veramente tale disparità sarebbe essa corrispondente ai principii giuridici, e più specialmente alle esigenze politiche? Come si accorderebbe poi codesta teorica con l'antica teorica toscana che voleva punite più mitemente le lievi offese tra i coniugi; teorica che aveva pure il suo senso, sia per la facilità delle occasioni, sia per la veduta di non troppo esacerbare le passeggiere discordie di famiglia? Quando si trova in un codice una particolare provvisione, essa ferisce l'animo e piace: ma quando le provvisioni dei diversi legislatori si vogliono coordinare in una teorica, vivamente allora si sentono le difficoltà della nostra scienza.

(3) Nel giure comune per la *leg. 3 Cod. de patria potestate* invalse la pratica che misuratore della pena dovesse essere lo stesso *padre offeso*. E qui si disputò se uguale diritto competesse alla *madre offesa:* Pinello *de bonis maternis in Rub. pars* 2, *n.* 30 — Pistor *observ.* 168.

III.

§. 1423.

I *mezzi* che nell' omicidio fanno sorgere le varie qualità di *prodizione, aguato, insidia,* e *veneficio* debbono aumentare per fermo la quantità politica anche della lesione. Ma in questo titolo per la sua minore importanza operano diverso risultamento nel linguaggio così scientifico come legislativo. Della *prodizione* non si fa nelle scuole ed in molti codici un titolo speciale di aggravamento quando accompagnò la lesione; ma soltanto si valuta come criterio di premeditazione. Lo stesso per molti codici contemporanei può dirsi in proposito dell' *aguato.* D' altronde le nozioni giuridiche della prodizione e dell' aguato, e le cagioni della loro politica importanza furono da noi svolte ai §§. 1161 e segg.

Già notai in proposito dell' omicidio che la qualifica dell' insidia nella sua forma o di *prodizione* o di *aguato* richiede la concomitanza della *premeditazione:* perchè se la *prodizione* e l' *aguato* onde qualifichino l' omicidio devono essere preordinate alla morte, il precedente disegno di uccidere viene naturalmente ad essere un implicito presupposto di tali qualifiche. Notai pure che in rapporto all' omicidio poteva però la premeditazione, e così le insidie, non essere preordinata alla uccisione, ma al solo danneggiamento della persona. Dal che nasceva una posizione giuridica eccezionale importantissima a notarsi rimpetto alla pena capitale che venisse minacciata contro l' omicidio premeditato e

insidioso. Ora ognuno comprende che quella eccezionale ipotesi non può configurarsi nel titolo di lesione personale (tranne ove sorga l' altra forma giuridica della preterintenzionalità) perchè dato l' animo freddamente diretto a danneggiare la persona del nemico, il fine della lesione è il minimo che si possa concepire. Nella lesione la insidia si unificherà più spesso sotto questo rapporto nella qualifica di premeditazione.

Ma notai del pari che la questione era stata guardata per un solo dei suoi lati. Si era cercato cioè se nella insidia vi fosse o no implicita la premeditazione; ma non si era considerato che poteva esservi sotto l' opposto punto di vista una premeditazione senza insidia, mentre supposto ancora che l' insidia abbia (lo che peraltro non è) per suo contenuto la premeditazione, non può dirsi ugualmente che la premeditazione abbia per suo necessario contenuto la insidia. Dal che nasceva il bisogno d' indagare se giusto fosse, o no, lo adeguare nella punizione queste due ipotesi così distinte e differenti sotto il rapporto dell' elemento politico del delitto. In molti codici contemporanei restò puramente nominale e disprezzata la differenza fra delitto di sangue *premeditato con insidia,* e delitto di sangue *premeditato senza insidia;* onde a tutta ragione poteva dimandarsi qual fosse l' utile di conservare nei codici (1) la speciale designazione dell' aguato o della prodizione. Questa conseguenza della erronea parificazione dei due casi nella penalità si volle scusare in rapporto all' omicidio, osservando che punito l' omicidio premeditato con la morte era impossibile obbedire al proporzionale au-

mento per giustizia dovuto in quei casi ove alla premeditazione aggiungevasi il di più della insidia, non permettendo la odierna civiltà si mantenesse l' antico metodo di proporzione esercitato mercè la esacerbazione del supplizio. Ma cotesta risposta era intrinsecamente sofistica anche in proposito dell' omicidio; perchè riconosciuta come giusta una differenziale di pena nelle due ipotesi, poco vi voleva a comprendere che non potendo cotesta giusta distribuzione raggiungersi con un aumento di pena nel caso più grave, era dovere di giustizia raggiungerla con l' abbassamento di pena pel caso meno grave. E ciò portava alla conclusione essere somma ingiustizia punire di morte l' omicidio premeditato per la semplice premeditazione non accompagnata da ulteriori qualifiche, o di modi, o di causa, o di personali rapporti.

Ma adesso che la medesima osservazione, irrecusabile in punto di fatto, ci torna innanzi nell'argomento della lesione personale, quella risposta che per quanto sofistica aveva pure un senso apparente nell' omicidio, non può neppure come frivolo pretesto allegarsi. Tenuta come una verità giuridica che la premeditazione con aguato e prodizione sia più pericolosa, e sia così più dannosa politicamente, che non è la premeditazione semplice, il debito del legislatore di punire più severamente il caso più grave del meno grave, deve compiersi da lui; e la larghezza che gli offrono le pene temporarie gliene danno facile mezzo: e peccarono contro la giustizia distributiva tutti i legislatori che pretermisero siffatta differenziale. Nè ad eliminare tale censura giova ricorrere alla solita scusa dei massimi e dei mini-

mi, sperando si faccia dal giudice quella giustizia che il legislatore non fece. Data balia al magistrato di applicare il massimo della pena temporaria relativamente determinata anche ad un caso di premeditazione semplice, egli può oggi doverosamente applicare a siffatti termini codesto massimo, senza incorrere censura nè appo la coscienza nè appo la legge. E così se alla dimane gli sorge innanzi un caso di premeditazione qualificata non trova più modo di evitare lo sconcio della ingiusta parificazione. Non è questa a parer mio la vera ragione per la quale si trascurò affatto quella distinzione nell' argomento della lesione personale. La vera ragione fu invece che se il principio della giusta proporzione si fosse riconosciuto nella lesione personale, non più poteva aversi il coraggio di non riconoscerlo nell' omicidio: e così il giusto rigore adoperato contro i feritori con premeditazione qualificata avrebbe per necessità condotto a non punire di morte i micidiali con premeditazione semplice. Ma ciò non si voleva: e si amò piuttosto di essere ingiusti di troppa benignità verso i feritori con premeditazione qualificata, per essere ingiusti di troppo rigore avverso i micidiali con premeditazione semplice (2).

(1) Codesto sconcio non è andato immune dalle dovute censure. Il D' Anethan *(de meditato delicto pag. 44)* riconoscendo questo vizioso stato di cose, e dimandando a sè stesso per qual motivo appo ciò i legislatori francesi conservassero la descrizione dell' aguato come circostanza che portava un aggravio di pena, non trova altro modo di risposta tranne che lo conservassero senza riflettere, e perchè tro-

vano scritta codesta aggravante negli altri codici; *fortasse legumlatores Gallici hujus rei, ut aliarum, ea ex causa mentionem fecerunt, quia eam in aliis legibus memoratum invenerunt; in quibus tamen non sine causa memorata est, quia in modo poenae ejus ratio habetur.*

(2) La insidia nel ferimento si prende in speciale considerazione dal codice Austriaco, che al §. 155 definisce questa aggravante con la generica formula — *lesione intrapresa con modi insidiosi;* lo che dette buona ragione alla Corte Suprema di Vienna, nel suo giudicato del 24 settembre 1862, di dichiarare insidioso il ferimento arrecato aggredendo il nemico alle spalle. L'effetto di tale aggravante si è che la lesione personale grave, ordinariamente punita (§. 154) col carcere da sei mesi ad un anno, viene punita (§. 155) col carcere duro con inasprimento tra uno e cinque anni. Tranne la considerazione dei *modi insidiosi* (e degli stromenti che d'ordinario recano pericolo alla vita, §. 155 lettera *a)* il codice Austriaco è al tutto indifferente sui *mezzi,* e sulla loro speciale *natura*. Richiamando la formula già adoperata (§. 134) in proposito dell'omicidio, definisce (§. 152) la soggettività della lesione con i più larghi termini, sia sotto il rapporto dello *elemento intenzionale,* sia sotto il rapporto della indole speciale degli atti, e della forma della loro influenza, o morale o meccanica: *chiunque* (così al §. 152) *con* NEMICA INTENZIONE *agisce contro una persona in* MODO TALE *che gliene avvenga un'alterazione nella salute ec.* In faccia a quella formula parmi che i dubbi esaminati di sopra (§. 1396 e seg.) non siano neppure proponibili. L'aguato fu preso in particolare considerazione dal codice Bavaro del 1813 come aggravante della premeditazione. La lesione leggiera premeditata che è punita (art. 367) con la prigione da uno a sei mesi, incontra la pena (art. 368) della prigione da sei mesi a due anni, se fu commessa con *imboscata notturna,* o con armi.

§. 1424.

La *insidia*, che in senso più stretto esprime l'uso di un' arme specialmente odiosa (1) o per il facile nascondimento o per la sua abilità a raggiungere da lontano, fu da alcuni codici contemporanei allargata nella sua nozione ed unificata nel concetto più generale dell' *arme propria*. Ciò che notammo su tale aggravante (§ 1168 e segg.) alla materia dell' omicidio, ripetasi a questo luogo: e basta (2). Il codice Toscano all'art. 333 sostituendo alla nozione dell' arme insidiosa (come già notai) la nozione dell' arme propria, non accorda a questa qualifica la potenza di far mutare specie alla pena, e soltanto provvede con imporre un aggravamento della punizione ordinaria relativamente determinata entro i suoi limiti.

Ma ad ogni modo non sembra possibile che codesta circostanza si consideri come indifferente nella quantità politica della lesione. Troppo sono potenti le ragioni da noi chiarite al titolo dell' omicidio, per le quali la insidia rende causativi di danno mediato maggiore i delitti di sangue. Guardati sotto un punto di vista generale i *mezzi insidiosi* sotto qualunque loro forma, sempre ne emerge una cagione di maggiore spavento nei cittadini. Noi non possiamo andare d' accordo con alcuni scrittori i quali vennero insegnando che la distinzione fra lesioni commesse con *premeditazione* e lesioni commesse con *insidia* abbia un significato piuttosto morale che giuridico: e teniamo per fermo che stante la minorata potenza della difesa privata, la

insidia debba costituire una qualifica distinta così nelle lesioni come nell'omicidio. Ed anzi ripetiamo che la premeditazione con insidia è politicamente più grave che non la premeditazione senza insidia. Nella premeditazione il concorso di preparativi abili a render vana la difesa privata è soltanto *presunto;* nella insidia cotesta attitudine è pur troppo reale e positiva altrettanto quanto temibile.

(1) Intorno ai segni pei quali possono la ispezione e i caratteri della ferita porgere indizio della natura dell'arme che la produsse, vedasi Gandolfi *dottrina analitica delle lesioni violente del corpo umano cap.* 3, §. 1, 4, *e* 6.

(2) L'odio speciale contro certe armi, che così fieramente si pronunziò in Roma ai tempi di Silla, si venne di tratto in tratto riproducendo da alcuni legislatori secondo le varie condizioni in cui versavano i popoli. Così nel codice Modenese del 28 agosto 1814 al titolo 6 (che presenta la legislazione più minuziosa in proposito di armi, di quante io ne abbia vedute) leggevasi minacciata all'art. 35 la galera di 10 anni, da estendersi anche a vita ad arbitrio del giudice, contro chiunque offendesse altri anche leggermente ed in rissa col mezzo di armi, o con qualsiàsi istrumento perforante e tagliente. Una legge del 1815, che altrove notai, conteneva analoghe sanzioni per il già Ducato di Lucca. Questi slanci di esorbitante rigore debbono essere considerati come fasi politiche, che non lasciano traccia nelle dottrine scientifiche, e che finiscono in pratica nel naturale risultamento di una completa inosservanza, e come tali io mi permetto di considerare le disposizioni della nuova legge di sicurezza data all'Italia, che ferocemente puniscono la *detenzione* delle armi, e delle quali scrisse Geyer che ricordavano i tempi del medio evo. Niente dura nel mondo tranne ciò che è conforme ai sommi dettati della ragione e della giustizia. È pericoloso, perchè può riuscire ingiusto, dettare indistintamente

severe aggravanti per la circostanza dell' arme in tutti i delitti di sangue anche per *moto improvviso*. Spesso l' arme è stata tolta secondo l' accidentalità della occasione nel bollore della collera: *furor arma ministrat*. Si dà di piglio ai primo oggetto che cade sotto le mani. E quando l' arme con cui si feriva sia stata strappata allo stesso ferito? Sono aggredito da un facinoroso armato di stile: lotto, e lo disarmo: poi trasmodando nell' ira lo ferisco con l' arme sua. È egli giusto che io sia punito con una soverchiante misura di rigore perchè in quella commozione non venni a considerare la natura più invisa dello strumento che aveva tolto al nemico? In sostanza io sono punito di più per l' unico motivo che il mio aggressore mi aveva assalito con un' arma più micidiale. Io vorrei — 1.° che si ponesse come condizione dell' aggravamento la *delazione* precedentemente fatta dell' arma con cui si ferì: vorrei — 2.° che non si abbandonasse nella misura dello aggravamento la distinzione fra le armi *destinate*, e le armi *atte* a ferire. La teorica delle armi proprie nella quale si sommerge la distinzione fra armi proibite e non proibite, risponde al mero riguardo del *pericolo materiale*. Ma vi sono altri riguardi che non vogliono essere dimenticati.

§. 1425.

L' uso del *veleno* non fa sorgere il titolo di *veneficio* quando non fu somministrato per il fine di uccidere, ma soltanto per recare nocumento alla persona del nemico. Alcune legislazioni (come il codice Toscano) non hanno veduto in tale ipotesi un caso meritevole di speciale contemplazione. Ciò era conseguente per la rinnuovata nozione della lesione personale: e questa osservazione torna in appoggio a quanto dicemmo di sopra alla occasione in cui esaminammo il problema dei mezzi mo-

rali. Costruita la nozione della lesione personale sotto un punto di vista puramente oggettivo; e trovata la somma delle condizioni occorrenti alla sua essenza di fatto nei soli risultamenti; i mezzi divenivano indifferenti alla determinazione del *titolo*. O si fosse prodotta la lesione personale con un ferro, o con una sostanza venefica somministrata al solo fine di cagionar malattia non letale, tutto parve l' istesso al legislatore toscano, e niente valutò nei termini di lesione la maggiore difficoltà che la vittima aveva di difendersi in faccia ad una sostanza nociva nascosta in una vivanda, anzichè in faccia ad una violenza. Anzi ho detto male dicendo tutto parve l' istesso: perchè essendosi il legislatore toscano unicamente fermato nella considerazione dei *mezzi* sulla circostanza dell' *arme*, ne conseguì che la lesione cagionata con veleno si punisse meno di quella prodotta con un piccolo coltello da tasca. Il codice Toscano non prese a considerare particolarmente le lesioni prodotte mediante veleno, tranne nel solo caso di *avvelenamento di comune pericolo*. Ma di questo fece (come ben doveva) un titolo speciale agli articoli 355, 356, e 357; procedendo nel calcolo politico di codesto maleflzio da criterii tutti speciali che meritano attenta osservazione.

§. 1426.

Poteva forse dubitarsi che il titolo di *avvelenamento di comune pericolo* più propriamente spettasse all' ordine dei delitti *sociali*, e fra questi alla classe dei *delitti contro la salute pubblica*, anzichè alla classe dei delitti *naturali* che ledono la *umana per-*

sona. Pure sacrifichiamo questa nostra opinione all' altrui, occupandoci al presente luogo di codesto titolo. L' *avvelenamento di comune pericolo* nella sua essenza di fatto non cercherebbe un determinato risultamento il quale non dovrebbe influire che sulla misura. Cotesto delitto parrebbe completo nella sua essenza di fatto tostochè si fosse dolosamente corrotta mediante la introduzione di sostanze venefiche una cosa destinata alla pubblica consumazione, perchè il pericolo a cui cotesto fatto avrebbe esposto un numero indeterminato di persone, già presenterebbe completa in sè la violazione di un diritto universale; come la rappresenta completa, per i dettati della scienza moderna, la sola fabbricazione di falsa moneta quantunque nessuno individuo ne abbia ricevuto detrimento. Cosicchè l' avvelenamento della pubblica cisterna dovendosi secondo la opinione nostra classare fra i delitti sociali contro la salute pubblica, sarebbe da tenersi come delitto perfetto ancorchè nessuno individuo ne avesse patito danno.

§. 1427.

E difatti il codice Toscano evidentemente avvalora questo concetto nella sostanza, quantunque non vi obbedisca nell' ordine e collocazione del titolo. Esso all' art. 355 punisce di morte l' avvelenamento di comune pericolo quando ne sia conseguito omicidio, e lo punisce dell' ergastolo quando ne sia conseguita lesione personale grave o gravissima. Poscia commina la casa di forza da dieci a venti anni negli *altri casi*. Codesta formula — negli *altri casi* — evidentemente comprende tanto il caso in cui dal-

l'avvelenamento di cosa destinata alla pubblica consumazione ne sia conseguita una lesione personale leggiera a danno di qualche individuo, quanto il caso in cui non sia conseguita nessunissima lesione, purchè codesto avvelenamento sia stato tale da *porre a pericolo la vita o la salute di un numero indeterminato di persone* (1). Dunque la essenza di fatto di cotesto malefizio si esaurisce mercè il fatto dello avvelenamento; mercè la condizione nel soggetto passivo di essere cosa destinata alla pubblica consumazione; e mercè la condizione di potenza nella cosa avvelenata di porre a pericolo un numero indeterminato di persone. Il solo pericolo pertanto fa sorgere anche in mancanza di qualsiasi danno un delitto perfetto meritevole di venti anni di casa di forza. Ciò rivela evidentemente che la oggettività di codesto reato non è il diritto particolare di un individuo, ma il diritto universale della moltitudine consociata. Da ciò ne deriva per giuridica conseguenza che bene si abbia come delitto perfetto quello che rimpetto al diritto dello individuo non sarebbe che un tentativo. Vi è ben ragione di ciò nel concetto nostro, e non critichiamo uno speciale rigore contro un fatto barbaro che può spargere la costernazione ed il lutto in una intera città. Soltanto, aderenti sempre alle deduzioni logiche dei principii, non avremmo voluto si collocasse fra i reati *contro la persona* un malefizio che si tiene per *consumato* quantunque non sia stato cagione di danno a *persona* nessuna.

(1) Vedasi Mori *teorica del codice penale Toscano pag.* 271. Egli avverte che la pena di morte non può in

questo caso neppure declinarsi dal giudice con la dichiarazione delle circostanze straordinarie, ed esemplifica come possa verificarsi il tentativo in questa forma di reato. *Il vinajo* (egli dice) *che ha stemperato il veleno nella sua merce, sarà responsabile di tentativo finchè non ha messo in vendita il liquore avvelenato; ma subitochè ha aperto la sua bottega per esitarlo, ha certamente posto in pericolo per mezzo di bevande avvelenate la vita o la salute di un numero indeterminato di persone, e si è fatto responsabile di delitto consumato.* Codesta esemplificazione è tanto più notevole poichè nel delitto di veneficio finchè si prepara *in casa propria* la bevanda o vivanda avvelenata, si eliminerà facilmente la imputazione di *tentativo*, mercè la teorica degli atti preparatorii. Vedasi anche Puccioni nel *commentario* all'art. 355: il quale nota la disposizione del codice Toscano come una specialità; e commentando poi l'art. 356 (*vol. 4, pag.* 599) osserva che l'antecedente pratica toscana non puniva se non amministrativamente l'avvelenamento di vettovaglie commesso per fine di lucro.

§. 1428.

Di questo titolo speciale è un estremo indispensabile che la sostanza siasi avvelenata con animo di *recar danno* ad un numero *indeterminato* di persone. Se cotesto animo nefasto mancasse nell'agente, il quale avesse agito per sola veduta di *lucro*, senza avvertire al pericolo a cui esponeva l'altrui salute, non si avrebbe il delitto odiosissimo dell'avvelenamento di comune pericolo; ma soltanto un reato che trova più adatta sede nella classe delle frodi, e delitti contro la *proprietà*, o nelle contravvenzioni contro la *pubblica salute*. Questa seconda ipotesi nel codice Toscano si è però riportata sotto

questa stessa categoria dei delitti contro le persone, ed è prevista nell' art. 356 che la punisce con multa e carcere fino a due anni. Il qual caso poi vuol essere di nuovo distinto dal ben diverso caso che le vettovaglie esposte in vendita non siano corrotte per mescolamento di sostanza venefica, ma soltanto alterate o deteriorate in guisa da poter nuocere. Del qual ultimo caso il codice Toscano fece una trasgressione di polizia contemplata dall'art. 157 del relativo regolamento, e punita col carcere fino a 15 giorni.

§. 1429.

Del resto, tranne questa specialità, il codice Toscano niente considera la odiosità del mezzo del veleno quando adoperato non a fine di uccidere abbia cagionato alla vittima una semplice malattia. All'opposto il codice Sardo all' art. 553 tiene codesto *mezzo* in speciale considerazione, proporzionalmente elevando la pena del ferimento nei diversi casi che esso prende a considerare di morte occasionalmente derivatane, di pericolo di vita, o di semplice sconcerto nella salute; la quale elevazione di pena subordina alla sola condizione che la sostanza nociva alla salute sia stata somministrata con intenzione di nuocere ad alcuno individuo, senza cercare se la sostanza infetta poteva o no porre in pericolo un numero indeterminato di cittadini. Questo speciale provvedimento contro il mezzo della sostanza nocevole dolosamente somministrata ai danni anche di un solo individuo lo attinse il codice Sardo dal codice Francese. E veramente (1) siffatto provvedimento è coerente al principio fondamentale per cui

in ogni malefizio si ravvisa un aumento di quantità politica in ragione dell' aumentato danno mediato quando le condizioni speciali della forma minorano la potenza della difesa privata.

(1) Il codice Bavaro del 1813 (art. 183) provvedeva con specialità di rigore al caso della lesione operata senza fine di uccidere, mediante veleno; elevando la pena per la sola odiosità di questo mezzo fino a venti anni di casa di forza. Ugualmente il codice Prussiano (§. 197) eleva la pena per la somministrazione di veleno ad un individuo senza intenzione di uccidere fino a 10 anni di casa di forza; estendendola fino a 20 anni se ne resultò lesione grave. Una decisione della Corte suprema di Vienna del 21 agosto 1851 ha definito la formula generale *modi insidiosi* usata dal codice Austriaco a qualificare la lesione, attribuendole il seguente vastissimo significato — *un agire così celato, e di sorpresa da parte dell' autore, che non si possa opporre una resistenza al pericolo che minaccia.*

IV.

§. 1430.

Finalmente applicando il criterio della *causa* al titolo di lesione si trovano ulteriori varietà; ed anzi talvolta l' analogia con l' omicidio ci abbandona, almeno sotto il rapporto dell' ordine; quantunque il sommo principio per cui certe *cause* speciali aumentano la quantità politica del reato sia assolutamente comune a tutti i delitti di sangue.

§. 1431.

E innanzi tutto convien notare che la causa di salvare l'onore, nella quale trovammo tanta importanza diminuente la quantità politica dell'omicidio, difficilmente può concepirsi nella lesione personale. Laonde l'analogia in questo punto di vista non può trovare il suo correlativo nel titolo di lesione, e soltanto lo trova nella esposizione d'infante. La mancanza assoluta di causa procede invece di pari passo per le sue conseguenze giuridiche anche nella lesione la quale sia stata commessa per impeto di brutale malvagità, o per libidine di sangue; e con proporzionale gravità di effetti si valuta da quei codici che l'hanno presa a considerare nell'omicidio. Così il codice Toscano che la strage consnmata per impeto di brutale malvagità aveva adegnato all'omicidio con premeditazione, adegua del pari (art. 327) alla lesione premeditata quella commessa per siffatto abbominevole impulso. Lo stesso ripetesi dal codice Sardo (art. 540). Non può dirsi altrettanto nei termini della *vendetta trasversale,* che si è trascurata da questi codici anche (1) in proposito della lesione. E soltanto si trova un'analogia di questo concetto nella ipotesi speciale della lesione commessa per vendetta di un atto di pubblico ufficio, o di pubblica funzione.

(1) È notabile circa la qualifica della vendetta trasversale che gli antichi ne tennero maggior conto nel titolo di lesione personale, ossia ferimento, che non nel titolo di omicidio. La ragione di ciò trovasi spontanea in questo, che l'omici-

dio punendosi allora indistintamente di morte, anche senza aggravanti, l' aggravante della vendetta trasversale, non aveva certa importanza. Laddove il ferimento non essendo ordinariamente punito di morte vi era interesse di notare la causa di vendetta trasversale; così uei legislatori, che coi loro statuti e bandi volevano per tale circostanza punir di morte anche il semplice ferimento, come negl' interpetri e criminalisti, agli occhi dei quali per coteste sanzioni assumeva la circostanza stessa gravissimo peso nel ferimento. Vedasi Raynaldo *vol.* 3, *pag.* 227 — Dino *deris. crim.* 1, *n.* 49 — Bonfino *ad bann. cap.* 36, *n.* 2; *et append. unic. ad cap.* 36, *n.* 2, 3.

§. 1432.

Così il codice Sardo all' art. 544 considera come aggravante del ferimento l' essere stato commesso per vendetta sopra testimoni (1) o periti che hanno deposto in giustizia e datovi il loro giudizio, e per motivo di tale testimonianza o perizia: ed aumenta in cotesto caso la pena nella sua durata. Evidentemente il criterio di cotesta misura non procede da niente altro che dalla considerazione della *causa*, la quale in certo modo porta il reato a ledere un diritto universale; quello cioè che hanno tutti i cittadini al libero corso della giustizia: e poichè ognuno può essere ad ogni istante chiamato a farla da testimone in giudizio, così il pericolo di offese eccitate da simile causa colpisce tutti indistintamente i cittadini per quanto cauti e prudenti; dal che deriva una maggiore diffondibilità del danno mediato. Se non che in proposito di tale aggravante dovrebbe essere fatta una limitazione pel caso in cui il feritore legalmente giustificasse la falsità della testimonianza in odio della quale ferì. In cotesti termini

di fatto sparisce la maggiore diffondibilità dello allarme: ed è repugnante che una misura dettata per proteggere un atto doveroso di ogni cittadino si estenda a proteggere un atto iniquo ed ingiusto qual è quello del falso testimone. Certamente anche colui che ferisce per vendetta di una falsa testimonianza commette un delitto, perchè il delitto commesso a suo danno non doveva punire di privata autorità. Ma lo allarme per la preveduta ripetizione di tal ferimento a proprio danno non si può onestamente affermare da alcuno: e ben lungi dal ravvisare in simile ipotesi un aumento di quantità politica per la odiosità della causa, io vi riconoscerei la scusa del giusto dolore: e benchè le leggi che sanzionano cotesta aggravante non distinguano caso da caso, la distinzione è cosi razionale che l' interpetre dovrebbe supplirla. Non è in odio contro la giustizia, nè al fine di osteggiarne i passi, il reato che s' ispira al pensiero o d' impedire o di reprimere o di vendicare una ingiustizia.

(1) Si è mossa acre censura contro il codice Toscano perchè non ha costituito un' aggravante speciale del ferimento nello essere arrecato contro un testimono a causa della fatta deposizione. È facile criticare ciò che non si è studiato e non si conosce.

Il codice Toscano all' art. 327 eleva la pena della lesione personale a sette e a dodici anni di casa di forza quando fu accompagnata da *premeditazione;* e obbedendo agli ultimi pronunciati della scienza quel codice ritiene giustamente che tutte le qualifiche derivanti da un certo *stato d' animo dello agente* o da una certa *causa impellente* all' azione trovino la loro congrua valutazione sotto il criterio della *premeditazione*. E tale concetto è giustissimo, e comprende

il caso della lesione operata a danno del testimone in odio di una sua deposizione quando è doveroso colpirla, e non la comprende quando sarebbe iniquo colpirla. Infatti: o la lesione fu inferita deliberatamente per esercitare una vendetta contro la fatta deposizione, ed allora la pena Toscana è elevata con sufficiente proporzione: o si suppone invece che la fatta deposizione sia stata semplicemente occasione di odio e rancore; che da questo odio o rancore sia nato poscia un alterco ed una rissa improvvisa nella quale siasi trasceso a ferire: ed allora è ingiusto trattandosi di fatto d' impeto di trovare un'aggravante nella causa *remota eccitatrice dell' odio*. I fatti d' impeto hanno un colore comune, che è quello della *irriflessione:* si deve valutare il fatto secondo la sua oggettività giuridica subordinatamente alla costante attenuazione della proeresi tumultuaria ed improvvisa. La nostra giurisprudenza valuta la maggiore o minore ragionevolezza della causa dell' ira nella latitudine della pena relativamente determinata. Ma non può spingersi la contemplazione del legislatore alla causa remota dell' *odio* (quando vi è la presenza dell' ira *istantanea)* fino al punto di costituire un criterio misuratore costante, ed un titolo di aggravio *assoluto*. Questa è teorica universalmente professata da tutti i criminalisti della più vecchia pratica; i quali tutti insegnarono non potersi valutare la causa *remota* quando eravi una causa *prossima immediata* e *presente*. Questa teorica non si è certamente dimenticata dal codice Sardo quando all' art. 544 n. 3 ha voluto si punisca col carcere da uno a cinque anni il ferimento — ivi — *se il reato è stato commesso per vendetta sopra testimoni o periti che hanno deposto in giustizia, e per motivi di tale testimonianza o perizia.*

È evidente che questo articolo usando le parole *vendetta* e *motivi* suppone la deliberazione; suppone cioè un nesso logico per cui il ferimento che si opera, si presenti alla mente del feritore come una pena che da lui si vuole infliggere alla fatta deposizione. Ma questo concetto cade evidentemente sotto le sanzioni del codice Toscano, in quanto quel nesso

logico costituisce precisamente la *premeditazione:* e i nostri Magistrati hanno sempre saputo farne doverosa applicazione. Ma pretendere che quando oggi è nata rissa fra due cittadini la misura della penalità dei ferimenti avvenuti si debba rintracciare nella causa per la quale o un mese, o un anno, o cinque anni innanzi era sorto il malumore e la nimistà fra coloro; pretendere che quando il giudice trovi che l'offensore era divenuto nemico dell'offeso perchè cinque anni addietro questi aveva fatto una deposizione contro di lui e che continuo gli aveva tenuto il broncio, si debba sempre applicare un'aggravante della penalità, è cosa inaudita ed esorbitante. Se tali condizioni offrono nel caso concreto sufficiente criterio di premeditazione, lo aggravamento nasce da questa. Ma se il ferimento sorse per *nuova cagione improvvisa* di rissa, non avvi motivo plausibile per tener conto della causa dell'odio. Nel modo stesso che non si può costituire un'attenuante sanzionata dalla legge nella *causa remota* dell'odio dove pure questa fosse giusta tranne quando si trasforma in provocazione, così non può giudicarsi ad *imparia* misurando la imputazione di un ferimento improvviso sul criterio delle lontane cause per le quali io aveva pigliato in uggia l'offeso. In quanto ai ferimenti ed offese reali inferite ad un *Magistrato* nell'esercizio delle sue funzioni (qualifica contemplata dall'art. 228 del codice Francese, che si commenta da Blanche *quatrième etude pag.* 179 *a* 201) il reato trasformandosi in delitto *sociale* per la prevalente lesione della pubblica giustizia non è questo il luogo di trattarne.

§. 1433.

Relativamente alla causa dell'ordine altrui e della pattuita mercede che nell'omicidio fa sorgere il titolo di *assassinio,* non trovo che se ne sia tenuto conto speciale in proposito della lesione (1) da molte legislazioni contemporanee. E in quanto al lucro co-

me fine che converte l' omicidio in un *latrocinio*, cotesta circostanza nella materia presente opera quel diverso effetto che è conseguente alla dottrina della prevalenza nella classazione dei reati. Vale a dire che non è la causa di lucro quella che qualifica la violenza personale, ma è invece il furto che viene qualificato dalla violenza o lesione della persona: onde sorge il titolo di furto violento che troveremo (§. 2118 a 2127) nei reati contro la proprietà. Questo modo di distribuzione del titolo di furto violento, comunemente osservato dai criminalisti, non porta già a dire che sempre sia prevalente la offesa alla proprietà sopra la offesa contro la persona. Ma siccome ciò può affermarsi tutte le volte che le violenze o lesioni personali siano di poco momento (e questo è il caso più ordinario e frequente) così ad evitare la incongruenza di una ripetizione di titolo in due diverse classi, è piaciuto a ragione agli scrittori di cose penali ed ai legislatori di collocare il furto violento nella classe dei delitti contro la proprietà anzichè nella classe presente. E ciò senza distinguere se le lesioni che furono mezzo al furto erano leggiere, o gravissime; nel qual secondo caso la rigida applicazione della teorica della prevalenza avrebbe dovuto produrre l' istesso effetto metodico che produce nell' omicidio a fine di lucro: avrebbe cioè dovuto portare a definire il titolo come lesione gravissima, qualificata dal fine. Ma una volta per sempre bisogna avvertire che nell' ordinamento delle materie deve aversi riguardo alla generalità dei casi anzichè ai casi eccezionali, o meno frequenti.

(1) Il codice Spagnolo art. 10 n. 3 ha costituito un' aggravante generale per tutti i delitti indistintamente nello essere stati commessi al seguito di *doni, pagamenti* o *promesse*. Non è questo il luogo di notare gli inconvenienti che tengono dietro al metodo praticato dal codice Spagnuolo, Portoghese, ed Austriaco, di descrivere le attenuanti e le aggravanti, non per ciascuna classe speciale di delitto ma con una formula generale che la identica circostanza di fatto dichiara aggravante o minorante ugualmente in malefizi di diversa natura, e nei quali la circostanza designata può spesso giuocare in un modo del tutto opposto. Lo svolgimento di questo concetto mi condurrebbe troppo per lungo, e qui basti notare che in tutti i delitti di sangue l' aggravante desunta dal prezzolamento della mano violenta è benissimo intesa.

CAPITOLO VI.

Segue lesione personale.

Criterii misuratori *della sua quantità* naturale.

§. 1434.

La indagine sulla *quantità naturale* nel titolo di lesione, che ora ne conduce a considerare questo reato sotto il punto di vista dell' *effetto*, è di più ampia portata che in ogni altro titolo per la immensa diversità che può esistere nei risultamenti dell' offesa personale. La lesione ed il furto sono i due malefizi che offrono maggiori varietà sotto questo rapporto; ma la lesione ne offre anche più del furto, perchè alla variabilità della intensità aggiunge ancora la variabilità di durata. Nè può esservi scuola o legislazione, la quale nel presente titolo non attribuisca valore grandissimo alle differenziali del-

l' effetto; laddove nel reato di furto vi è divergenza sotto questo punto di vista, come a suo luogo (§. 2016) vedremo.

§. 1435.

Le antiche scuole e legislazioni procedettero nell' esame di questo criterio con la fondamentale distinzione di ferite *letali*, *pericolose*, ed *indifferenti*; la qual distinzione procedeva dalla relazione intercedente tra la offesa, e la conservazione della vita del leso; attribuendo all' offesa diverso carattere giuridico secondochè la morte del ferito era conseguenza *certa* della lesione; oppure era soltanto conseguenza *temibile* (perchè quantunque la offesa minacciasse la vita, lasciava speranza che l' arte o la natura vi apportassero riparo) oppure *non era* per modo alcuno da *prevedersi*. Quindi distinguevano le ferite *letali* (1) in letali *assolutamente*, *individualmente*, e *accidentalmente*; per applicare alle ultime due forme il titolo di ferimento susseguito da morte, come avvertimmo ai §§. 1093 e 1109, o il titolo di omicidio modificato o no nella quantità della sua imputazione. Le ferite pericolose consideravano come gravi per la sola circostanza del *pericolo di vita*; concetto che fu conservato dal codice Sardo agli articoli 538 e 544. Le *indifferenti* poi (vale a dire quelle che non avevano mai fatto temere della vita dell' offeso) suddividevano in *leggiere*, e *gravi*, ora desumendo il criterio di gravità dalla *intensità* dei resultamenti, ora desumendolo dalla *durata* della malattia. Altre giurisprudenze che del pericolo di vita non tenevano calcolo per aumentare la pena

tostochè il medesimo era svanito, ne facevano conto al fine di rilevarne la necessità della immediata carcerazione preventiva.

(1) Mevio *decisiones pars* 8, *dec.* 116 — Struvio *evolutiones pag.* 235 — Puttmann *elementa* §. 287 *et seqq.* — *Responsa Tubingensia vol.* 4, *cons.* 81, *n* 46.

§. 1436.

In proposito della gravità delle lesioni sorge dunque un preliminare problema, sul quale si sono divise le opinioni dei legislatori, per cui venne a trovarsi una divergenza sostanzialissima fra i codici penali dei diversi paesi. Laonde prima di scendere a descrivere le particolari caratteristiche di gravità che vogliono essere valutate come incremento della *quantità naturale* nel reato di lesione, fa mestieri prestabilire sotto un punto di vista più generale il criterio fondamentale da eleggersi. La gravità di una lesione dovrà essa desumersi dal *prognostico*, dallo *evento*, oppure congiuntamente da *ambedue* questi criterii? Ecco il problema preliminare. Seguire il criterio del *prognostico* vuol dire determinare la gravità di una lesione sul dato di quei fenomeni transeunti che fanno apprendere in una ferita la concomitanza più o meno probabile del *pericolo di vita;* e trascurando ciò che poscia venne a verificarsi di danno reale all' offeso, misurare la imputazione e la pena secondo il giudizio di previsione emesso dal chirurgo curante. Seguire il criterio dell' *evento* significa niente occuparsi delle divinazioni mediche, nè dei fenomeni transeunti che fecero dap-

prima temere per la vita dell' offeso; e prendere per unica base della penalità il risultamento positivo al quale la offesa condusse dopo aver compiuto tra le forze della natura, e le forze dell' arte, la sua ultima fase. Seguire un sistema *misto* significa tener conto come criterio di gravità per un lato delle mediche previsioni, e per l' altro lato dei resultamenti effettivi.

§. 1437.

Il primo metodo prevalse in molti statuti penali delle antiche città d' Italia, e fu quasi universalmente accettato nelle provincie romane. Ivi ad imitazione dello statuto di Bologna del 1454, gli statuti delle varie città, e i bandi e leggi pontificie fino agli ultimi tempi, considerarono come criterio prevalente di gravità nelle ferite il concorso del *pericolo di vita:* e vennero anzi a graduare la pena secondochè i medici avessero dichiarato concorrere *qualche* pericolo, o *semplice* pericolo, o *grave* pericolo. Al contrario il codice Francese del 1810 e il codice Toscano del 1853 abbandonarono affatto, per ciò che riguarda la penalità del ferimento, ogni deferenza dalla prognosi medica, e definirono i criterii di gravità sul solo elemento del resultato positivo, o transeunte o permanente, di certi danni all' offeso. Il medio sistema, o piuttosto il sistema duplice di tener conto così della prognosi come dell' evento, per farne dei criterii bastevoli ciascuno di per sè ad aggravare il reato di ferimento, erasi già adottato da varii statuti italiani, e piacque al legislatore toscano del 1786, e fu riprodotto nel codice Parmense del 1820, e nel Modenese del 1855.

§. 1438.

Non è oggimai controverso fra i criminalisti il difetto del primo sistema. Affidare esclusivamente la misura della penalità ad un calcolo congetturale, e trascurare invece le verità reali dimostrate dall' esito, vale altrettanto che prediligere la probabilità alla certezza, in una materia dove sarebbe desiderabile che alla sola certezza si desse valore giuridico. Ma esiste però tuttavia divergenza nelle opinioni dei criminalisti contemporanei in quanto alla preferenza da darsi fra il secondo ed il terzo sistema. Si va d' accordo sulla inconvenienza di trascurare quei criterii di gravità che sono palesati dall' esito; ma si pretende di trovare inconveniente eziandio trascurare il criterio desunto dalla prognosi. La dichiarazione dei periti medici del concorso di pericolo di vita, altro (si dice) non è che la traduzione di una formula complessa di una serie di fenomeni che danno al medico ragione scientifica di affermare cotesto pericolo. Ora siffatti fenomeni materiali sono pure un *risultamento di fatto* che la lesione ha prodotto. Aumentando la pena per tali fenomeni non si pone a carico del giudicabile il modo di vedere del medico, ma un effetto materiale di cui la mano colpevole fu cagione. In tal guisa si censurano quei moderni codici che cancellarono il pericolo di vita dagli elementi di gravità nella lesione.

§. 1439.

Le considerazioni peraltro che vennero persuadendo molti fra i moderni legislatori ad attenersi al

solo criterio dell' *esito* sembrano a noi d' incontrastabile solidità. Esse procedono da due diversi punti di vista: l' uno strettamente giuridico; l' altro prudenziale e di convenienza. Sotto il punto di vista giuridico lo avere il ferito presentato dei segni di *pericolo di vita*, o lo avere i medici giudicato concorrere cotesto pericolo, quando d' altronde l' infermo risanò, e mostrò per tal guisa la fallacia di tali segni e di quel giudizio, non può dirsi che presenti un danno meritevole di seria considerazione: questo si stringerebbe tutto nel passeggero spavento che potè avere l' infermo e la sua famiglia. Laonde siffatto nocumento passeggero non è di tal peso che autorizzi a porre in non cale le ragioni di convenienza le quali consigliarono lo abbandono di siffatto criterio. E tali ragioni di prudenza sono sensibili. Attaccando una penalità esagerata alla dichiarazione di *pericolo di vita*, è evidente che la sorte del giudicabile è in balia del perito medico; balia tanto più paurosa in quanto gli elementi di fatto sui quali il perito si credette autorizzato ad affermare la presenza del pericolo, furono fenomeni transeunti, che si svolsero nel segreto della camera dell' infermo; nè al giorno della difesa riescirà facile all' accusato di sottoporli a sindacato imparziale. Io non dirò che il medico curante al servigio della famiglia dell' offeso che lo paga e che anela la vendetta, possa prestarsi ad una maliziosa esagerazione. Dirò solo che egli è autocrate in ciò che afferma, e in ciò che giudica; e che più specialmente nelle campagne, dove troppo spesso si trovano medici ignorantissimi, può facilmente subire l' influsso di fallaci timori; e così il giudicabile pagare la pena delle allucinazioni di un

medico (1). Se veramente la circostanza del pericolo di vita presentasse un calcolabile detrimento, ed una importanza politica da non potersi trascurare, bisognerebbe allora chinare la fronte. Ma poichè simile valore non vi è; e d' altronde il pericolo di vita (se realmente esistette) avrà il più delle volte il seguito di risultamenti morbosi che potranno dare al giudice altro criterio solido e certo di gravità; io penso che siasi fatto bene a cancellare cotesta circostanza, la quale investiva il medico di un arbitrio che non sarebbe tollerabile neppure nel magistrato.

(1) Sulla incertezza della prognosi medica intorno alla gravità delle ferite vedasi Gandolfi *dottrina analitica delle lesioni violente cap.* 2, §. 3. Intorno a questo pregevole libro scrisse già allo egregio autore il nostro Giuseppe Puccioni una letttera che io potei vedere nel suo autografo. Da quella mi piacque estrarre le parole che qui riporto testualmente e con le quali lo accorto Magistrato in mezzo agli elogi meritatissimi che dirige al Gandolfi protesta contro la tendenza dei medici legali a volersi fare dominatori dei giudizi criminali. Ecco le parole del Puccioni — *io non so pur come dissentire dallo accordare molto peso nella bilancia della giustizia al parere dell' uomo dell' arte, senza peraltro a lui concedere la qualità di giudice del fatto. Il voto dei periti è voto consultivo; se diversamente fosse noi faremmo del Magistrato uno istrumento materiale della opinione altrui, dal che nascerebbe l' assurdo di privarlo di quella libertà e di quella indipendenza, senza delle quali il grave e nobile ufficio suo non saprebbe immaginarsi.*

§. 1440.

Io penso pertanto esser cosa prudente che si tenga conto del pericolo di vita per provvedere senza dimora al fermo del presunto autore della ferita: poichè egli, sopraggiungendo da un istante all' altro la morte dell' offeso, può avere troppa ragione di fuggire. Ma stimo rischievole lo attribuire ad un pericolo di vita che al momento del giudizio è ormai dileguato, e che senza lasciar traccia di sè medesimo vuol farsi certo sul giudizio di un solo uomo, l'abilità di portare un notevole aumento d' imputazione. Per lo meno dove codesta disposizione esista nella legge occorre ai magistrati grandissima prudenza nello applicarla: e debbono aver sempre presente che pronunciano riposando la loro coscienza sull' affermazione per lo più di un solo uomo che viene a narrar loro ciò che a lui sembrò e ciò che congetturò; mentre cotesto giudizio, e coteste congetture alle quali occorse poscia la solenne smentita del risultato, potettero essere figlie di una mera esagerazione, derivata o da individuale meticolosità, o dall' abitudine (che di alcuni medici fa non di rado governo) di ingigantire i morbi per procacciarsi più larga gloria nella cura. Siamo in termini di giudizio d' arte, e di giudizio che non può dall' accusato combattersi con testimoni e periti, perchè il pericolo affermato passò. Bisogna dunque librare con prudente consiglio la contradizione avvenuta tra il fatto positivo della vita serbata incolume, ed i pronostici del medico (1). *Est res aleae plena.*

(1) Nell' antica pratica e sotto il sistema delle prove legali si era estesa anche alle materie criminali la regola indotta nelle materie civili dalla *leg.* 1 *ff. de inspiciendo ventre;* che cioè i giudici fossero assolutamente obbligati a deferire dal giudizio dei periti nell' arte in tutto ciò che all' arte avea relazione; Boehmero *consult. decisiv. tom.* 2, *resp.* 1171, *th.* 7, 11 — Novello *ad defensam; in tract. magn. pars* 12, *pag.* 229, *n.* 12 — Farinaccio *consil.* 171, *n.* 7 — Mascardo *de probat. concl.* 1037, *n.* 1 *et seqq.* — Menochio *cons.* 351, *n.* 34.

Oggigiorno però ha prevalso nella giurisprudenza l' opposto principio. Così la Corte Suprema di Vienna con giudicato del 25 agosto 1851 (Herbst §. 152, *n.* 1) decise come regola generale essere i giudici in proposito della gravità di una lesione perfettamente liberi di dissentire dalla opinione emessa dai periti, quando in loro coscienza credano errata siffatta opinione. E la Corte di Cassazione di Firenze col giudicato del 16 gennaio 1844, relatore Sanminiatelli (*Annali VI*, 1, 22) decise che nessuna legge imponendo ai giudici la deferenza dalla opinione dei periti, sia in piena loro libertà lo emettere un giudizio del tutto contrario. Sempre però deve ricordarsi la regola che in caso di conflitto fra i diversi periti dove rimanga un dubbio sulla natura più o meno grave della lesione deve preferirsi la opinione più mite: Leyser *meditat. ad Pand. spec.* 598, *med.* 21 *et seq.* — Wernher *tom.* 3, *pars* 3, *observat.* 13.

§. 1441.

Non deve poi su questo argomento dimenticarsi ciò che troppo spesso nella mia pratica vidi trascurato da medici ignoranti: voglio dire la differenza tra il pericolo di vita *presente* ed il pericolo di vita che *può sopravvenire*. Non vi è ferita per lieve che sia alla quale non possa o per cancrena o per te-

tano in certe speciali condizioni dell'offeso, sopraggiungere la potenza di uccidere: un colpo ammenato nel capo può sviluppare anche dopo lungo intervallo la commozione od altri fenomeni cerebrali atti a spengere la vita se non vi è posto pronto riparo: una ferita nel petto per quanto prestamente sanata può per ispeciali condizioni condurre lentamente alla tise: da certi medici nei loro referti io vidi emettere la dichiarazione di pericolo di vita soltanto perchè questo potea sopraggiungere, e vidi certi giudici precipitosamente accettarlo. È vero che il pericolo di vita non è in sè stesso che una previsione: ma vi è grande differenza tra la previsione meramente appresa da dettati astratti e scientifici, e la previsione calcolata sopra dati di fatto presenti e reali. Quando la legge a qualunque fine di rigore valuta il pericolo di vita, non cerca cotesta condizione nei libri della scienza medica e nei calcoli dei futuri contingenti: vuole una *realtà* presente per la quale attualmente abbia a dirsi, *quest' uomo* È *in pericolo:* e quando lo stato presente dell' ammalato non offre sintomi che minaccino la vita potrà bene temersi pei dettati dell' arte salutare che i sintomi (e così il pericolo) sieno per *sopraggiungere;* ma non potrà affermarsi per certo che il pericolo di vita abbia giammai esistito nei suoi momenti reali di fatto. Vi sarà un *pericolo di pericolo;* un pericolo appreso: ma non quella condizione *materiale* e *presente* che valga ad eccitare o i timori, o le sanzioni della punitiva giustizia.

Questa distinzione tra pericolo meramente *opinato* o *previsto*, e pericolo *attuale;* e la consecutiva regola che in faccia alla legge del 1786 non bastasse

potersi prevedere che da un istante all' altro fossero per sopraggiungere timori per la vita del leso, ma bisognasse affermare che ad un dato momento era desso in tali condizioni da giudicarsi mal sicura la vita sua; si era costantemente accolta dalla pratica giurisprudenza toscana (1).

(1) Vedasi Cerretelli nel suo *repertorio* alla parola *ferimento*, al *nn.* 5, 57, *e* 68.

§. 1442.

Lasciato così da banda nella ricerca della *quantità naturale* della lesione il criterio desunto dalla *prognosi*, per attenerci al solo criterio desunto dai resultati effettivi, deve adesso analizzarsi su cotesta linea la divisione delle lesioni in *gravi*, e *leggiere*. Ma qui di nuovo ci sorge innanzi una divergenza negli scrittori e nelle legislazioni. Avvegnachè qui pure possa diversamente sentirsi e diversamente esprimersi il concetto della proporzione emergente nella misura della quantità dalla differente importanza degli effetti prodotti dalla lesione. Alcuni legislatori non sonosi angustiati nella cerchia di una divisione tassativa, ma enumerando di caso in caso i diversi momenti di gravità, hanno a ciascuno dei medesimi adattato il precetto rappresentante una diversa quantità politica del reato correspettivamente alla differente sua quantità naturale, ossia alle variazioni del danno immediato (1). Questo metodo è veramente quello che più risponde alla contemplazione scientifica di tali varietà, poichè mentre da un lato la scienza esige che in proporzione del mag-

gior danno immediato si accresca la imputazione del maleflzio, male tollera sotto il punto di vista astratto una delimitazione dipendente da certi numeri, i quali (ripeto ciò che ad altra occasione osservai) non hanno valore in faccia alla scienza. Mi spiego. La scienza detta il principio che più durò la malattia dell' offeso più debba giudicarsi grave il reato: più se quaranta giorni che se venticinque; più se ottanta che se quaranta: ciò è incontrastabile. La designazione pertanto di un' ora fatale, e del tocco di una campana che trovando l' offeso giacente tuttora in letto costringa il feritore piuttosto alla casa di forza che al carcere, e lo invii piuttosto alle corti di assise che ai tribunali correzionali, non può essere un pronunciato della scienza. E viceversa non può essere dettato della medesima che si adegui nella imputazione la ferita causativa di 31 giorni di malattia alla ferita causativa di 70.

(1) Tale fu la costumanza delle più antiche legislazioni. Non vi è forse legislazione che abbia così misurato quasi direi col compasso matematico la lesione corporale per proporzionare la pena alla località, estensione, e profondità della ferita, quanto il *Fuero Real* di Spagna: vedi Valdeson *pag.* 8. Così la legge Salica *tit.* 19 (e in generale le leggi barbariche) distinse la pena secondo la *località* delle ferite, secondo il numero degli ossi rotti, ed altre enumerazioni singolarissime. In quanto alle legislazioni orientali vedasi Thonissen *etudes sur l' histoire du droit criminel des peuples anciens, Appendice* A, *chap.* 5, §. 5, *pag.* 199.

§. 1443.

Ma la scienza penale non è destinata a vivere nel regno delle astratte speculazioni. Essa deve adat-

tare i suoi precetti ai bisogni pratici della giustizia: e questi alla loro volta imperiosamente esigono che siano stabilite delle delimitazioni positive tra contingenza e contingenza di maleficio, pel doppio fine che i cittadini conoscano la norma della loro condotta, e che le condanne contro di loro proferite rispondano ad un testo preciso di legge che siasi dal fatto loro violato. Ciò portò naturalmente i più accurati legislatori a stabilire delle classi diversificate con caratteri pronunciati ed invariabili; e la scienza non può altro che lodare cotesto metodo in faccia ai bisogni pratici del diritto. A questo punto pertanto l' espositore della dottrina teorica bisogna che faccia ossequio ad un effato legislativo. Non può dettarsi come verità scientifica che debba essere grave la lesione che impedisce per trenta giorni piuttosto che per venticinque; nè che debba esser gravissima quella che offese un membro del corpo umano piuttosto che quella che offese altro membro. Non volendo pertanto sulla cattedra limitarsi a dettare un precetto generale senza applicazione concreta; o a procedere per via di mere esemplificazioni che non approdano a costruire un sistema, è dunque necessità scegliere un tipo fra le legislazioni viventi per adattare a quello lo insegnamento delle applicazioni che incontra la somma regola della proporzionalità desunta dalla forza fisica oggettiva delle lesioni personali.

§. 1444.

E qui nuovamente ci troviamo incontro ad una divergenza che può renderci esitanti nella determi-

nazione delle classi delle lesioni sotto il rapporto della quantità naturale. Perchè trascurato pure l'esempio di quei legislatori che non vennero a determinazione di classi, troviamo discordi anche quelli che si attennero al metodo opposto. Alcuni infatti preferirono la divisione in due classi, distinguendo le ferite in *gravi* e *leggiere*. Altri invece preferirono la triplice partizione, distinguendo le lesioni in leggiere, gravi, e gravissime. E così fu fatto dal codice Toscano del 1853: il quale anzi a vero dire potrebbe sostenersi aver costituito una divisione quadruplice, poichè dalla classe delle ferite leggiere staccando quelle che produssero malattia inferiore agli otto giorni, e sottoponendo coteste a delle prescrizioni speciali sia sotto il rapporto della penalità possibile, sia sotto il rapporto della esperibilità dell' azione, potrebbe affermarsi aver costituito una quarta classe di lesioni che sarebbero denominabili *leggierissime*. Ma trascurando ciò, e preferendo il metodo della triplice divisione (1) noi andremo applicando il principio della proporzionalità d' imputazione alla quantità naturale della lesione, svolgendolo sull' esemplare del codice penale Toscano, con i debiti richiami (quando la occasione lo richieda) alle relative vedute del codice Sardo. Diciamo dunque che le lesioni si dividono in *leggiere, gravi* e *gravissime;* e passiamo a definire i caratteri di ciascuna di tali classi. Ma poichè la *leggerezza* non può definirsi che con una formula *negativa,* non descrivendosi il semplice che con la negazione del composto, è evidente che saranno leggiere tutte quelle lesioni nelle quali non si riscontri alcuno dei criterii di gravità. Enumeriamo dunque tali criterii.

(1) La divisione triplice è adottata dal codice Austriaco §. 411, 152, 156. I criterii che danno origine alla gravità sono nel medesimo analoghi a quelli dei nostri codici; e ugualmente il criterio che eleva al sommo grado la gravità è la perpetuità di certi danneggiamenti della persona. Parimente il codice Bavaro del 1813 segue la triplice divisione (art. 179, 180, 181) e procede col criterio di certi resultati nel passaggio della lesione leggiera alla grave, e col criterio della perpetuità nel passaggio dalla grave alla gravissima. Più minuziosa e molteplice è la classazione tenuta dal codice di Friburgo (§. 186, e seg.) e quella adottata (§. 225 a 228) dal codice di Baden; il quale ha tenuto conto anche nella lesione (§. 229) della qualifica desunta dagli atti di barbarie, che descrive con la formula *tormenti corporei,* o *martorii,* o bistrattamenti lungamente continuati. Il progetto di codice Portoghese seguì (art. 196) la divisione delle lesioni in tre ordini sotto il rapporto della loro quantità naturale; quantunque sia da osservarsi che la formula *funzioni od organi meno importanti,* usata in codesto progetto, lasci qualche cosa di vago ed indefinito. In proposito della lesione leggiera questo codice ha tenuto conto dell' animo di ingiuriare per denaturaro il titolo di lesione convertendolo (art. 202) nel titolo d' *ingiuria*. La divisione *duplice* fu prescelta dal codice Francese del 1810 soverchiamente amoroso della semplicità delle formule. Ma anche in Francia la riforma che nel 1863 fu portata sull' art. 309, mentre ridusse la pena delle lesioni gravi dalla reclusione al carcere da due a cinque anni, costituì una terza classe di lesioni che può dirsi delle gravissime: e questa classe, alla quale riservò la pena della reclusione, determinò nei casi nei quali la ferita avesse prodotto *mutilazione, amputazione, o privazione dell' uso di un membro, cecità, perdita di un occhio,* o altre infermità permanenti. La divisione triplice è dunque preferibile non solo perchè si allontana meno dal supremo dettato della scienza che vorrebbe una gradazione progressiva senza tassazione di classi, ma perchè oltre ad essere più comunemente accettata dalla

dottrina pratica, ha la sanzione della esperienza; scorgendosi che quelle nazioni che l' avevano abbandonata per seguire la duplice, hanno dovuto per dura prova farvi ritorno. Non è così dell' aggravante desunta dagli *atti di barbarie* della quale circostanza sono veramente pochissimi i codici che abbiano tenuto conto come aggravante nelle *ferite*. E di ciò la ragione è intuitiva. Nell' omicidio si possono nitidamente delimitare due distinte proeresi, e due distinte obiettività ideologiche nel colpevole, come mostrammo dal § 1242 al §. 1248: cioè la intenzione di *far perire* la vittima per disfarsene; ed *inoltre* la intenzione più feroce di *farla soffrire* prima che muoja. Ma nel ferimento che deve presumersi scompagnato dalla intenzione di far perire (altrimenti degenererebbe in *omicidio tentato)* non è possibile immaginare altro fine tranne appunto quello esclusivo di *far soffrire* al nemico patimenti e dolori; consistendo in questo lo sfogo della vendetta che non agogna la morte. Questa è la ragione del silenzio osservato in proposito della *barbarie* nel ferimento anche da quei codici che la contemplarono nell' omicidio. A questo però non trovo dato nella pratica e nelle scuole un *nome speciale*, e volendoglielo dare io lo chiamerei omicidio *felino*, essendo notorio che fra tutti gli animali carnivori la più feroce e barbara è la *razza felina*, non contentandosi questi animali di uccidere la preda per farsene pasto, ma trastullandosi con truce diletto a farla soffrire e prolungarne l' agonìa prima di divorarla. Questo nome pertanto darebbe la fotografia del concetto *costitutivo* di tale qualifica. La questione se i *maggiori dolori* sofferti dal ferito dovessero calcolarsi come criterio di gravità si trattò da Puffendorf *observationum vol. 4, observ. 51, pag. 91.*

§. 1445.

Primo criterio di gravità — *Durata della malattia o incapacità al lavoro* — Deve ammettersi

in genere che la quantità politica (e così la imputazione) della lesione aumenti in ragione della sua crescente quantità naturale quanto più durò l'effetto dannoso. Ma la scienza non può dettare il *termine* preciso dal quale si costituisca questo criterio di gravità, perchè una dottrina puramente razionale non può conoscere *numeri*. Solo può dirsi che un certo prolungamento è indispensabile, lasciando poi al prudente consiglio del legislatore la determinazione positiva dell'ora. Alcuni portarono il criterio della gravità per ragione della *durata* ai quaranta giorni; il codice Francese lo strinse ai venti giorni (1); il codice Toscano (art. 326, §. II let. *d*) a trenta giorni; e a trenta giorni pure il codice Sardo.

(1) Il codice penale Francese del 1810, che Carmignani aveva chiamato *dono sanguinoso fatto all' Italia da una transalpina conquista*, era esorbitante di rigore contro i feritori non solo pei limiti angustissimi della *durata*, ma più ancora per la pena infamante (dieci anni di reclusione, accompagnata da gogna) con la quale colpiva ogni ferimento grave. La giurisprudenza fece il possibile per diradare l'applicazione del vecchio art. 309 (vedasi Blanche *quatrième etude n.* 572) finchè la riforma del 1863 come ho ricordato alla nota del §. 1444 non ebbe alquanto modificato quella bruttura. Malgrado peraltro le molte riforme del 1832 e del 1863 il codice Francese tuttavia si risente della ferrea sua origine, e questa verità si pronuncia in eloquentissimo modo anche dalla stessa popolazione di Francia. Quando leggiamo che nel 1868 dai Giurati di Francia le attenuanti sono state concesse nella proporzione di 79 sopra cento condanne, dobbiamo bene ravvisare in ciò la più eloquente dimostrazione che le penalità minacciate in quel reame non rispondono alla pubblica opinione.

§. 1416.

A questo proposito non può sfuggire la differenza che intercede fra la locuzione del codice Francese, e quella del codice Toscano. Nel codice Francese ed in altri si usa la formula — *se ne risultò* UNA MALATTIA, *o* INCAPACITÀ DI LAVORO. Il codice Toscano usa invece la formula — *se* IMPEDISCE *all' offeso di valersi* ec. Questa diversità di locuzione non è senza significanza pratica perchè la parola *malattia* lascia qualche cosa di vago ed indeterminato; e può porgere occasione di dubitare che debba dichiararsi grave la lesione, quantunque al giorno fatale l' offeso sia nella pienezza delle sue facoltà fisiche e mentali, solo perchè la ferita non trovisi del tutto cicatrizzata. Noi vediamo un numero grande di persone che liberamente accudiscono alle più ardue fatiche di qualsiasi genere sebbene abbiano in qualche parte del loro corpo delle piaghe permanenti, procurate spesso artificialmente come cura di vizi morbosi. Quando un simile effetto fosse risultato da una lesione violenta potrebbe sostenersi che perdura la *malattia,* quantunque l' offeso non abbia nessunissimo *impedimento* al lavoro. Al contrario potrà una ferita essere perfettamente cicatrizzata entro il giorno critico, ma lasciare qualche intorpidimento alla parte, qualche sensazione dolorosa; od altra suscettività per cui vengano impediti all' offeso certi lavori. Il codice Francese sembrerebbe colpire ambo i casi; poichè usando la formula alternativa si appaga della *malattia* senza incapacità di lavoro, come della *incapacità di lavoro* senza

malattia. La formula toscana al contrario non tenendo conto che dell' *impedimento* fa sorgere la gravità dove trova l' *impedimento* senza malattia, e la esclude dove trovisi la *malattia* senza impedimento (1).

(1) Singolare ed interessante è la questione che tratta Blanche *quatrième etude n.* 574 pel caso speciale che un ferito con frattura di ossa per la quale era certa la prognosi di una malattia ed incapacità superiore al termine fatale, sia per una *accidentalità* venuto a morte prima di questo termine. Le condizioni materiali richieste alla qualifica dalla *lettera* della legge essendo costituite dal *fatto positivo* della durata della malattia o della incapacità, si dubitò che una mera *previsione* non equivalesse a quel *fatto*, e ne supplisse il difetto. La corte di Cassazione Francese con decreto del 18 marzo 1854 si pronunziò in termini per il rigetto della qualifica, perchè una previsione scientifica non può mai equivalere ad una condizione di fatto richiesta dalla legge: ed a mio giudizio essa ha detto benissimo. Io pure sostenni nella causa *Saini* avanti alla corte Regia di Lucca nel 1849 che alla prova della consequenzialità effettiva della morte non supplivano i più assoluti giudizi dei periti sulla inevitabile letalità delle ferite, quando il fatto positivo mancava di giustificazione per la non eseguita autopsia.

§. 1447.

La formula dell' *impedimento* o *incapacità al lavoro* fa nascere una ulteriore questione. Cercasi cioè se la *incapacità* (o dicasi l' impedimento) debba esser *assoluto*, o *relativo:* cercasi in altri termini se questa incapacità debba giudicarsi secondo le condizioni ordinarie dell'uomo, od anche secondo le spe-

ciali abitudini ed ufficii dell' offeso. Per esempio, è stata ferita una donna nell' indice della mano destra; la ferita leggerissima si è presto rimarginata: ma ha lasciato un intorpidimento nel dito. Chiedesi al perito medico se protraendosi oltre un mese la durata di quel leggero intorpidimento porti ciò alla donna offesa una inabilità a valersi delle sue forze fisiche *come altrimenti avrebbe potuto*. Il perito dimanda alla donna qual' è il suo mestiere: se è una contadina risponde che può benissimo malgrado quell' incomodo valersi della mano come altrimenti avrebbe potuto; mietere, far bucati, lavorare i campi, e simili. Ma la donna offesa risponde che era una ricamatrice, e il medico dichiara in vista di ciò che la lesione è grave perchè quella donna per due mesi potrà benissimo lavar panni, stirare, ed accudire ad ogni altra bisogna, ma non potrà ricamare (1). Tenuta ferma la dottrina che la incapacità anche puramente *relativa* ed *accidentale* basti a costituire la gravità, bisogna venire a codeste conseguenze; le quali, allorchè in special modo la destinazione data all' organo dall' individuo offeso sia veramente *straordinaria* ed al feritore non fosse *conosciuta*, sembrano un poco forti. Ma ammesso il principio della responsabilità di tutte le conseguenze naturalmente derivate dal delitto, la logica rigorosa conduce a questo; perchè anche nel resultato *speciale* si ha una effettività di maggior danno immediato.

(1) Io ebbi il caso di un contadino che da un colpo ricevuto nella testa, risanò sollecitamente: ma dedusse che egli era solito portare i carichi in capo, e non sulle spalle. Il medico opinò che dovesse colui astenersi per un mese dal portar

carichi in capo, dandogli però illimitata balìa a qualunque più grave fatica. In questi precisi termini di fatto la lesione fu dichiarata grave perchè aveva impedito all' offeso di valersi del suo capo *come altrimenti avrebbe potuto;* cioè non secondo la naturale sua destinazione, ma ponendolo alle veci degli omeri. Nessun dubbio quanto alle riparazioni civili: ma agli effetti penali mi sembra che portare a carico dell' offensore (con effetto gravissimo di aumento nel castigo) certe abitudini particolari e non comuni, e subordinare il criterio della gravità alla regola generale ed assoluta della influenza di qualsiasi *benchè straordinaria* abitudine dell' offeso, sia uno spingere tropp' oltre le cose. Mi spiego. Potè in quel caso che ho ricordato dirsi grave la lesione, perchè potè ritenersi che l' atto di portar carichi in capo fosse ordinario e comune in certi contadi. Ma desumere da ciò la regola generale che porti a dire altrettanto per *ogni destinazione straordinaria* che sia piaciuto all' offeso di dare a un suo organo, mi sembra soverchio. La differenza fra il significato della formula toscana e quello della formula francese diviene palpabile se al giudicato che ho qui sopra riferito si pone a fronte il decreto della corte di cassazione di Francia del dì 14 decembre 1820: *Journal du Palais vol.* 16, *pag.* 241. Il Tribunale di Bastia si era dichiarato incompetente a conoscere di un ferimento perchè lo aveva ritenuto grave, in quanto resultava avere inabilitato per più di venti giorni l' offeso a servirsi del braccio sinistro. La Corte di Cassazione decise invece che in tali termini di fatto il ferimento dovea dichiararsi leggero perchè non aveva inabilitato l' offeso A QUALUNQUE LAVORO. — *Attendu que du fait que Giappiconi ne peut plus se servir de son bras gauche, il ne resulte pas qu' il a été pendant plus de vingt jours incapable* DE TOUT TRAVAIL PERSONEL. Ed ecco novella prova del grande influsso che può esercitare sulla sorte dei giudicabili l' uso di una o di altra parola in un precetto legislativo.

§. 1418.

Secondo criterio di gravità — Questo si desume dai risultamenti sulla *intelligenza* dell' offeso. — È grave la lesione *se perturba transitoriamente le facoltà mentali.* Tostochè la scienza moderna è venuta a considerare come elemento di fatto della lesione anche la sola offesa dell' intelletto, la nobiltà di questa funzione dà bene argomento perchè si dichiari lesione grave la perturbazione delle facoltà mentali, quantunque per brevissimo tempo durata. Qui vuolsi usare grande accorgimento per parte dei giudicanti per la facilità con la quale si può simulare il delirio. L' offeso anelante vendetta, ed accorto delle disposizioni della legge, può con tutta facilità cedere al desiderio di aggravare le sorti del suo offensore, e provocarne la carcerazione immediata simulando stupefazione o delirio, come le donne simulano gli svenimenti per trarre i gonzi al loro volere. Occorre grande accorgimento nel perito e nel giudice onde la giustizia burlata non divenga strumento di bassa vendetta. Ma di ciò già dissi al §. 1397; come pure trattai al §. 1404 la questione dello svenimento: sicchè niente mi resta da aggiungere su questo secondo criterio (1).

(1) Della perturbazione mentale hanno tenuto conto con diversa misura, il codice Prussiano §. 193; il codice Bavaro art. 182; il codice di Vaud §. 233, e 238; il codice di Friburgo art. 185; il codice dei Grigioni art. 121; il progetto Portoghese art. 195, ed altri. Ma non tutti tengono conto della perturbazione transitoria. La relativa teorica sotto

il punto di vista scientifico si svolse da Tittmann *de delictis in vires mentis humanae commissis, Lipsia* 1795.

§. 1449.

Terzo criterio di gravità — La *debilitazione permanente* di un *senso* o di un *organo* — Questa forma di gravità non è che uno svolgimento del primo criterio desunto dalla durata. Se la debilitazione non impedisce per più di trenta giorni all' offeso di fare come prima le cose sue, la lesione non è grave per la durata: ma diviene grave (e sempre per il criterio della durata) se la debilitazione, quantunque non impedisca all' offeso le sue faccende, è *permanente;* perchè nella eventualità della vita quella debilitazione permanente può essergli d' impedimento a valersi del suo corpo per qualche sua necessità eventuale, cui gli sarebbero bastate le forze se non fossero state debilitate dall' altrui nequizia. Tutta la questione su questo proposito dipende dalla esattezza del prognostico medico. E chi sa per triste esperienza quanto spesso codeste prognosi vadano in opposizione del vero, e come muoia in breve ora l' infermo al quale il medico diceva testè che trattavasi di morbo lievissimo, dovrà esitare (tranne palpabili evidenze) a persuadersi delle affermazioni di questi indovini; che dimenticando quanto siano arcane ed inesauste le forze della natura vengono tavolta ad affermare audacemente in faccia ai tribunali la permanenza *perpetua* della debilitazione e la impossibilità del ritorno alle pristine forze, proclamando così la impotenza della natura. Sul qual proposito non deve passare inosservata la discretiva

che trovasi nel codice Toscano tra il caso di perturbazione mentale o di malattia fisica, e il caso della debilitazione di un organo. A dichiarare gravissima la lesione per la irreparabilità nei primi due casi l' art. 326 (§. 1, let. *a*) si contenta che la perpetuità sia probabile. A dichiarare grave la lesione nell' ultimo caso richiede invece l' art. 326 (§. 1, n. II. let. *b*) la permanenza effettiva, che è quanto dire esige che il medico affermi la perpetuità come *certa*, e non soltanto come probabile.

§. 1450.

Quarto criterio di gravità — La *deturpazione*, che nella pratica napoletana chiamasi *sfregio* — La faccia (1) dell' uomo è la parte più dignitosa del suo corpo; in lei si riproducono come in uno specchio i suoi pensieri, ed i moti del suo cuore: essa è il veicolo pel quale si eccitano le simpatie tra i nostri simili; dalle quali spesso si procacciano non solo beni materiali ed effettivi, ma il più grande dei beni, il tesoro di una desiderata affezione. Non può dunque esser dubbioso lo ammettere che una lesione la quale abbia deturpato la faccia di un uomo debba considerarsi come grave. Tutta la difficoltà sorge al caso pratico nel definire quando siavi deturpazione o no. E qui nè la scienza, nè la legge possono dettare una formula esatta; e bisogna si appaghino del vago concetto, rilasciandone l' applicazione concreta ai sensi ed al prudente giudizio del magistrato. Non ogni cicatrice nel volto è deturpazione: ma quella sola che ne renda deforme o sgradevole l' aspetto.

(1) La Corte di Appello di Messina con decisione dell' 11 novembre 1871 stabilì che una lesione al padiglione dell' orecchio non poteva costituire deturpamento perchè l' orecchio non fa parte della *faccia*. La proposizione assoluta che ha servito di base a questo giudicato ha però incontrato le censure di alcuni rispettabili giuristi. Vedasi l' *Eco dei Tribunali n.* 2455.

§. 1451.

Il criterio della lesione *gravissima* è quello della *perpetuità* applicata ad alcuni casi di gravità della lesione. Così:

1.° — La *durata della malattia fisica* finchè, oltre i trenta giorni, si protrae per un tempo limitato quantunque indeterminato, rende la lesione *grave*. La rende *gravissima* se certamente o probabilmente quella malattia è insanabile. Sul che dobbiamo avvertire di non confondere la *debilitazione* con la *malattia*. La debilitazione anche perpetua non fa varcare i confini della *gravità*. A questo fine bisogna che sia *malattia*, cioè che cagioni all' offeso una sofferenza sensibile oltre il semplice incomodo dello indebolimento di un senso, o di un organo.

§. 1452.

2.° — La *perturbazione* intellettuale che costituisce la *gravità* quando è transitoria, la rende gravissima quando si converte in *malattia mentale* certamente o probabilmente insanabile. E qui deve aversi cura di non deflettere dal rigore dei termini *malattia mentale* che debbono prendersi nel loro stretto significato perdita della ragione. L' indebolimento della

memoria occasionato, a modo di esempio, per un colpo nel capo, sebbene giudicato perpetuo, quando non costituisca ebetismo io lo giudicherei piuttosto debilitazione anzichè malattia mentale.

§. 1453.

3.° — L' *indebolimento di un organo* o di un senso che costituisce la gravità, rende la lesione gravissima quando assume i caratteri della *mutilazione* sostituendo il *toglimento* all' *indebolimento*. Vale a dire se *priva l' offeso di un senso, di una mano* (1), *di un piede, dell' uso della parola, o della capacità di generare*. Il codice Toscano adeguò per cotesta formula alle mutilazioni di certi membri interessanti al corpo umano come le mani ed i piedi, e le privazioni di un senso, quella mutilazione che altri legislatori credettero meritevole di provvedimento speciale e di pena più rigorosa (2). La *castrazione*, avverso la quale tanto odio spiegarono altri legislatori antichi e moderni, si punì dal codice Toscano (art. 329) con la carcere da uno a cinque anni quando fosse commessa senza altra aggravante. Forse il rigore speciale degli antichi ebbe una causa particolare nei costumi dei tempi che rendevano più frequente questo delitto. Avvegnachè per quanto la scienza proclami (§. 697) che la frequenza di un delitto non è circostanza che ne aumenti la quantità politica, pure i legislatori sono tratti troppo spesso da questa circostanza a mostrarsi severi.

(1) È generale il principio che il toglimento di un dito non costituisca *mutilazione*. Non lo costituiva nell' antica

pratica: Zacchia *quaest. med. leg. lib.* 5, *tit.* 3, *n.* 9 — Rubaeus Joannis *Consil.* 83 — Mastrillo *decis.* 168. Non lo costituiva nè lo costituisce in faccia alla nostra giurisprudenza: Carmignani *elementa* §. 1007 — Puccioni *Saggio, pag.* 476. Non lo costituisce neppure per le leggi, e giurisprudenze estere; vedasi in questo senso la decisione del tribunale di Venezia del 10 marzo 1863 riferita nell' *Eco dei Tribunali n.* 1322.

(2) Fino a Roma pagana risale l' odio speciale contro il delitto di castrazione. Svetonio *(in Domitiano, cap.* 7) narra che Domiziano volle punito di morte cotesto reato; e dal frammento 4, *ad leg. Corn. de sic.* emerge che Adriano volle punita di morte la castrazione ancora dei servi. Giustiniano *(novella* 142, *cap.* 1) ridusse la pena al taglione pei maschi. È a vedersi la dissertazione dell' Ottone *ad leg. si servus ff. ad leg. Aquil. edita Steinvordiae* 1710, e riprodotta la quinta nella *collectio dissertationum, Brema* 1785, *pag.* 178. Vedasi anche Cypraeus *de jure connubiorum pag.* 407, *n.* 3 *et seq.* I popoli germanici si appagarono anche contro questo delitto della pena pecuniaria: *legge salica tit.* 33, *l.* 17 — *legge ripuaria tit.* 6, *l.* 27 — *legge longobardica l.* 1, *tit.* 7, *l.* 18 — *legge bavara tit.* 8, *l.* 19, §. 2, 3. Il giure canonico *(cap.* 5, *X. de homicid.)* equiparò questo reato all' omicidio. E tale equiparazione si riprodusse da Carlo V nella sua costituzione criminale all' art. 133, dove unificò il delitto di castrazione con quello di procurato aborto, soggiungendo *puniatur gladio ut homicida.* Vedasi Clasen *in art.* 133 *C. C. C.* — Kress *commentatio in constitutionem criminalem, pag.* 429 — Boehmero *medit. in C. C. C. pag.* 627, ove ci narra qual fosse la singolare causa del primo editto di Domiziano; ed insegna poi che l' adequazione della procurata sterilità e della castrazione all' omicidio, perchè repugnante alla vera nozione di questo delitto, non dev' essere accettata dalla pratica: dettando la massima (audace per i suoi tempi) che una legge penale quando è contraria ai principii della scienza non deve

essere eseguita dai magistrati; e cita Berlichio (*pars* 4, *concl.* 8, *n.* 58) il quale riferisce essersi in pratica derogato a questa legge: e confuta la *decis.* 186 del Carpzovio, dimostrando che in quel caso la pena di morte non fu applicata per la procurata sterilità, ma per le arti magiche delle quali si era fatto uso. E questa dottrina, che in sostanza derogava al dettato severo della Nemesi Carolina, si ricorda come prevalsa nella opinione dei dottori dal Muller *promptuarium, verbo sterilitas.* — Buehmero ad Carpzovium *quaest.* 11, *obs.* 9 — Kock *instit. jur. crim.* §. 490 — Puttmann *elementa jur. crim.* §. 354 — Meister *elementa jur. crim.* §. 111, *pag.* 65. In Francia il delitto di castrazione era inflessibilmente punito di morte: Rousseaud de la Combe *Matières criminelles pag.* 86 — Vouglans *institutes de droit criminel pag.* 652. E il codice attuale di Francia punisce la castrazione di morte se la vittima è perita, e della galera a vita (art. 316) in ogni altro caso; negando persino (lo che è molto osservabile) la scusa della provocazione, tranne quella resultante (art. 325) da un oltraggio al pudore.

In Spagna la *leg.* 13, *tit.* 8, *p.* 7 delle *Partidas* adeguava questo reato all' omicidio, e lo puniva di morte. Il progetto delle Cortes del 1822 minacciò pure (art. 658) la pena dei lavori pubblici a vita. Il codice Brasiliano non distingue questa dalle altre forme di mutilazione, e per tutte (art. 202) commina la prigione fino a sedici anni. Il codice Spagnuolo del 1848 (art. 341) infligge la pena della galera a tempo da estendersi anche alla morte: ma poichè questo articolo usa la formula di *proposito,* così il sig. Pacecho (*tom.* 3, *pag.* 47) avverte che tanta pena non è applicabile tranne quando la mutilazione sia fatta avvertitamente, e non col solo animo di ferire. In quanto alle antiche pratiche e leggi d' Italia vedasi Menochio *de arbitrariis cas.* 570 — Caravita *lib.* 4, *pag.* 569, *n.* 8, 9. Il codice Napoletano (art. 364) minacciava i lavori pubblici di quarto grado. Il codice Parmense (art. 326) minacciava la pena

dei lavori forzati a vita, e la morte se la vittima era perita dentro i quaranta giorni. Il codice Modenese (art. 405) infliggeva l' ergastolo per anni 25, e la morte alle medesime condizioni. Rauter (*n.* 457) opina che quando la legge adopera la parola *castrazione* deve cadere sotto la medesima tanto la vera e propria castrazione dell' uomo, quanto qualsisia atto violento col quale si producesse nella femmina la incapacità a generare. Sembra che egli ne adduca a sola ragione il fatto che gli antichi legislatori di Roma e di Germania avevano adeguato i due casi. Ma io risponderei che se avevano voluto equiparare i due casi, avevano anche avuto la cura di designarli con distinta locuzione. Dimanderei ai filologi se la dottrina di Rauter risponda al significato *proprio* della parola: e dimanderei al giurista, se sia permessa la *impropriazione* dei termini di una legge penale al fine di estendere una pena rigorosissima oltre la lettera della legge.

§. 1151.

Per quante ricerche io abbia fatto non mi è riuscito trovare nei monumenti delle leggi di Grecia e di altre antiche nazioni che il delitto di castrazione fosse preso particolarmente di mira come titolo speciale di reato. Sembra certo che in Roma fosse Domiziano il primo che provvide a questa specialità, staccando la castrazione dalla famiglia degli altri reati di sangue. Da allora in poi invalse generalmente l' uso che cotesto reato si guardasse come un fatto *sui generis* più odioso di ogni altra mutilazione. E tale uso durò e dura fino ai dì nostri; poichè abbiamo parecchi codici che la distaccano dalle disposizioni generali contro i ferimenti. Su quest' odio particolare possono avere influito (oltre la ragione della frequenza) diverse cause o politi-

che o morali: può avervi influito in alcuni tempi l'odio contro certe speciali eresie: può in altri tempi avervi influito appo i protestanti l'odio contro la corte di Roma. Ma ciò che a mio credere ha prolungato e quasi perpetuato codesta separazione è stato un errore giuridico. Si tolse in mano il broccardo, *che tanto è uccidere l'uomo nato quanto recidere la speranza del nascituro:* e su cotesto broccardo credettesi poter fondare la dottrina che la castrazione non doveva mantenersi nella classe delle lesioni personali, ma doveva adeguarsi all'omicidio perchè distruggeva la futura esistenza di una o più creature umane (1). Io penso che guardata bene addentro la cosa, tutta la ragione di codesta specialità trovisi in siffatta idea. Per tal guisa la oggettività di questo reato sarebbe venuta a riconoscersi non tanto nell'uomo mutilato, quanto negli uomini futuri che doveano procrearsi da lui. E se cotesta idea fosse retta bisognerebbe referire il titolo di castrazione alla classe degli omicidii che presentano una minore quantità naturale, e collocarlo da lato all'aborto. Ma se ciò potè accettarsi pel titolo di feticidio, perchè la vita intrauterina è pur sempre un fatto che porge chiari segni di sè, è repugnante ravvisare come capaci di diritto quegli esseri che non esistono neppure in embrione. Laonde il concetto giuridico della specializzazione del titolo essendo fallace, la separazione stessa viene a rendersi empirica ed inaccettabile. L'oggetto di questo malefizio non può come nell'aborto trovarsi nei diritti del feto: bisogna trovarlo nei diritti dell'individuo mutilato. E quando questi sopravvisse, nè fuvvi intenzione di uccidere, il diritto alla vita che

non è stato nè attaccato nè leso, non può tenersi in conto per definire la qualità del malefizio.

(1) D' Anethan (*de meditato delicto pag.* 50) censura il codice Francese del 1810 perchè nella penalità della castrazione non distinse fra l' atto premeditato, e l' atto commesso nell' impeto di subitaneo sdegno. La osservazione che in generale fanno i pratici in quanto al carattere speciale del delitto di castrazione, vale a dire che esso esiga la intenzione diretta a produrre codesto effetto (Briganti *pratica criminale vol.* 2, *pag.* 169) non risponde a cotale obietto. Simile osservazione porta a distinguere il delitto *nominato* di castrazione dal delitto di *ferimento* con *privazione della facoltà di generare*, e ad escludere da questa seconda ipotesi (nella quale in sostanza si configura la castrazione preterintenzionale) il titolo speciale e più odioso di castrazione. Ma rimanendo sempre possibile che la intenzione *diretta* costitutiva del titolo speciale si svolga o in un moto istantaneo, o con maturo consiglio, la critica del D' Anethan rimane giustissima.

§. 1455.

4.° — È perpetuo certamente ed irreparabile il danno prodotto da una lesione, quando procura la dispersione di una creatura. Perciò si novera fra le gravissime la lesione che *ha prodotto l' aborto di donna incinta quando l' agente ne conosceva lo stato.* Questo è il caso netto dell' aborto *preterintenzionale;* che potrebbe benissimo colpirsi sotto tale denominazione, ma che il codice Toscano ha saviamente preferito (1) collocare fra le lesioni gravissime. Vi si ravvisa la colpa informata da dolo. Dolo (animo di nuocere) nel percuotere la donna incinta:

colpa (mancanza di prevedere le conseguenze possibili del proprio fatto) quando non si è previsto che quella donna di cui si conosceva la gravidanza poteva per le percosse abortire. Il codice penale Toscano (art. 326 §. 1, lett. *c*) riconosce ed ammette la condizione della *scienza della gravidanza*. Ciò potrebbe sembrare una deviazione dal principio generale del niun rispetto alla dottrina della *individualità* nelle lesioni gravi; ma invece persuade che veramente il codice Toscano non abbia voluto proscrivere quella classica dottrina, ed aggiunge valore alle sapienti considerazioni del Puccioni ai luoghi altrove (§. 1092) allegati. Se le conseguenze più gravi derivate dalla lesione per lo stato di gravidanza della donna offesa (condizione individuale) non si portano a carico del feritore tranne quando egli *conosceva* quello stato; con qual logica e con quale giustizia si portano a carico del feritore le conseguenze più gravi derivate da uno stato di malattia dell'offeso, o da una innormalità del suo corpo sconosciuta all'offensore? Certamente è più facile prevedere che una donna sia incinta, di quello nol sia il prevedere che un individuo aveva una organizzazione anormale o una malattia segreta. L'articolo 308 e l'art. 326 §. 2 parrebbe dunque si dovessero interpetrare *ad tramites* dell'art. 326 §. 1 lett. *c*, non essendovi ragione per cui nello stesso codice si ammetta come scusa la ignoranza della gravidanza, facilissima a prevedersi, e non si ammetta come scusa la ignoranza di una natura particolare dell'offeso, difficilissima a conoscersi da un estraneo, e quasi impossibile a prevedersi. Giova

sperare che la giurisprudenza ritornerà su questo argomento.

(1) Questo caso che configura *l' aborto preterintenzionale*, dagli antichi pratici si noverava fra gli *omicidii:* Arumaeus *disputat.* 25, *thes.* 11. Lo che essendo erroneo (come altrove notammo) in faccia alla esatta nozione dell' omicidio, lasciava il caso suddetto in uno stato di fluttuanza: vedasi Carpzovio *pars* 1, *quaest.* 17, *n.* 6, 7, 8 — *Annali di giurisprudenza toscana* 1839, *pars* 2, *col.* 528. I moderni codici che in cotesta ipotesi hanno ravvisato un caso di lesione divenuta gravissima per l' esorbitante resultato conseguitone oltre la volontà e la previsione del colpevole, hanno obbedito ai più esatti insegnamenti della scienza. Notino i giovani che qui si svolge di nuovo un' applicazione della dottrina della prevalenza. Se il titolo di aborto preterintenzionale avesse richiamato per le sanzioni legislative ad una penalità più grave di quella minacciata alla lesione gravissima sarebbe stato un errore codesto modo di classazione. Ma perchè appunto l' aborto preterintenzionale isolatamente guardato avrebbe richiamato (pel dovuto rapporto con la pena dell' omicidio preterintenzionale di cui doveva esser minore) una penalità inferiore a quella della lesione gravissima; così la prevalenza di questo titolo sopra quello esigeva siffatto metodo di classazione.

§. 1456.

In questo caso le questioni pratiche che sorgono si riducono a due:

1.° — Se l' aborto susseguito nella donna dopo le riportate lesioni possa veramente attribuirsi come a sua causa alle lesioni medesime, acciò non cadasi nel sofisma *post hoc ergo propter hoc*. E la soluzione di questo primo quesito molto dipenderà dal giudizio medico, e dalla mancanza di altre conosciute cagioni

di quel disgraziato fenomeno. Potrà solo in un punto giuridico disputarsi sul titolo di lesione gravissima quando i periti decidano che la causa dell' aborto non furono le *violenze materiali,* ma lo spavento.

2.° — L' altra questione che sorgerà sarà in proposito della conoscenza che aveva o no il percussore dello stato interessante in cui versava la femmina contro la quale inveiva. Quando la prova di questa conoscenza non possa farsi per via diretta e positiva, bisognerà contentarsi della congetturale, che per lo insegnamento dei dottori (1) ricorre tutte le volte in cui la gravidanza inoltrata facesse per la tumefazione del ventre facile rivelazione di sè medesima agli occhi di ognuno.

Il codice Sardo (art. 539 n. 3) considera pure come una lesione qualificata dall' evento quella dalla quale sia succeduto l' aborto della donna offesa, e novera questo caso fra i casi di lesione gravissima; adottando nel resto per le condizioni del reato i termini del codice Toscano: e infligge la pena della relegazione estensibile fino a 10 anni.

(1) Intorno alle circostanze valevoli a ritenere nel percussore la scienza della gravidanza, si vedano i cenni che ne raccoglie Puccioni nel suo *commentario vol. 4, pag.* 531.

§. 1457.

All' argomento della quantità naturale della lesione pertiene ancora la ipotesi della pluralità delle medesime risultate o sopra un unico soggetto passivo, o sopra diversi. Ma su tal proposito non vi è specialità da osservare quando le più lesioni proven-

gano da una sola mano, e basti richiamare ciò che notammo in genere alla teoria della continuazione, ed in specie al caso di pluralità di omicidii. Solo è da farsi una qualche avvertenza sulla ipotesi della modificata indole della lesione per conseguenza del concorso.

Nel caso di più ferite operate in rissa da feritori diversi se si conoscono gli autori delle respettive lesioni (tranne la ipotesi di corresponsabilità per concerto) ciascuno dei feritori risponde della lesione da lui operata secondo il grado del nocumento prodotto. Fin qui non vi è disputa: ma può avvenire talvolta che certe lesioni corporali aumentino di gravità per il loro *concorso*, mentre isolatamente prese, ciascuna di loro sarebbe stata leggera; o divengano gravissime mentre isolatamente sarebbero state gravi soltanto. I periti non possono attribuire la gravità piuttosto all' una che all' altra, ma nasce dal loro insieme. Tizio avrebbe recato una lesione leggera, se Cajo non avesse recato l'altra lesione: la lesione recata da Cajo sarebbe stata leggera se Tizio non avesse recato l' altra lesione. Sono due forze che *materialmente* congiunte, per la loro convergenza ad un effetto, riuscirono a produrlo, mentre ciascuna di per sè sarebbe stata impotente a produrlo. Ma se vi è convergenza materiale non deve scordarsi che non vi fu convergenza ideologica nella proeresi dei due feritori; perchè Tizio non ebbe animo di aiutar Cajo, nè Cajo di aiutar Tizio. Laonde quanto mi sembra giusta la regola che si tenga conto di questa combinazione per un aumento di rigore, considerato però il caso come improprio e straordinario, altrettanto mi sembra soverchio il rigore del

codice Toscano (art. 335 §. 1 lett. *b)* che applica la pena *ordinaria* della lesione grave o gravissima *dolosa* a ciascuno dei feritori. Questo non è che uno svolgimento della regola più severa adottata dal codice Toscano all' art. 313 §. 1 lett *d* in proposito di omicidio derivato da più concorrenti lesioni, ciascuna delle quali non avrebbe di per sè cagionato la morte. Certamente il problema doveva essere sciolto con un criterio identico in ambo i casi; e il codice è stato tenace nelle logiche deduzioni del principio da lui preferito: ma è però sempre indubitato che si vengono a far sopportare ad un uomo le conseguenze del fatto altrui. Laonde mi sembra più coerente ai principii moderatori della responsabilità penale la regola benigna di quei pratici (1) che impropriando il caso ricorrevano ad una pena straordinaria.

(1) Menochio *de arbitr. cas.* 352, *n.* 15, 16 — Carpzovio *practica criminalis, quaest.* 25, *n.* 42 *et seqq.* — Richter *velitationes, pag.* 805. — Schultingio *commentationes academicae vol.* 3, *decas* 25, *thes.* 4 *et* 5.

§. 1458.

Certamente il delitto considerato nella quantità naturale emergente dal suo complessivo (1) risultamento è più grave. Ma cotesta gravità non è esclusivamente derivata dal fatto dell' uno o dell' altro. In sostanza il fatto dell' uno è rispetto al fatto dell' altro un' *accidentalità* che lo ha renduto più nocevole, come lo è il fatto dell' altro rispetto al fatto dell' uno. Sicchè quando i due fatti non si concatenino per nesso ideologico, unificandosi a ragione del

concerto, anche la soluzione del problema che sorge in questa speciale configurazione risale al principio generale che voglia accettarsi in ordine agli effetti giuridici delle accidentalità esteriori sulla gravità delle lesioni. Se si ammette che la lesione di sua natura leggera, debba imputarsi come grave perchè tale la rese la mano inesperta del medico o dell' assistente, o la trascuranza dell' offeso, non può esservi difficoltà nello imputare come grave una lesione che (di sua natura leggera) grave divenne per la lesione operata da altro feritore. Può dubitarsi invece di tale conseguenza se si accetti la regola contraria. Ciò mostri anche una volta come si concatenino nella scienza nostra lo soluzioni dei problemi pratici con certi principii fondamentali.

(1) In questo luogo io contemplo la ipotesi che le *più ferite* avvenute a danno dello *stesso* o di *diversi* individui per opera di *un solo* colpevole o di più di *uno*, siano lo effetto di *più* e *diversi* atti successivi materialmente distinti. Ma il caso delle più ferite arrecate ad *un solo*, o delle *più ferite* arrecate a *più di uno*, può presentarsi come conseguenza di un *atto unico* e momentaneo; *unico* in tutta la sua *soggettività* così *morale* come *fisica*. Per esempio, lo scatto di un archibugio che era carico a parecchi proiettili può aver cagionato dieci ferite a *quel solo* individuo contro il quale si dirigeva la esplosione; e può avere cagionato cinque ferite a costui, e (pel deviare dei proiettili) altre cinque ferite ad un terzo colà presente e che non era preso di mira dal colpevole. *Quid juris* in questi due emergenti? Nella prima fattispecie delle dieci ferite cagionate *ad un solo* mediante un *solo atto*, io vidi in pratica obiettare un *delitto unico, complesso* nei suoi risultati ma sempre unico: e ciò sta benissimo. Ma nella seconda fattispecie di *due persone*

ferite con un atto unico, io vidi accusatori e giudici obiettare il delitto *continuato*. Questo concetto nasceva dal considerare come un delitto per sè stante il ferimento di Tizio, e come un altro delitto di per *sè stante* il ferimento di Cajo, e così guardare quei due eventi (sebbene derivati da un unico atto momentaneo) come *due delitti* distinti i quali non si potevano congiungere tranne per la formula della *continuazione*. Fu questo stesso concetto quello che guidò Mittermajer ad obiettare un *furto continuato* al ladro che aveva involato un sacco di roba quando verificavasi che in quel sacco vi erano oggetti di *due diversi* proprietarii; ma io confesso francamente che non mi sono mai potuto persuadere di tale dottrina, nè mai ho potuto vincere la repugnanza dell'animo mio ad accettare questa forma singolarissima di *continuazione*. Essa mi apparì sempre singolarissima e repugnante, per la ragione che mi sembra assurdo ravvisare *pluralità* di delitti nello istantaneo ed unico movimento di una mano. Per me queste sono forme di delitto complesso a causa della pluralità *obiettiva* dei più diritti lesi; ma non si potrà mai dire delitto molteplice e continuato per la *individuità* dello elemento *subiettivo*. Non mi fidai di me stesso per rispetto alla autorità degli opinanti in contrario; e per illuminarmi proposi il quesito al mio riverito Collega ed amico Tancredi Canonico illustre Professore, nella illustre Università di Torino. Ed ecco la risposta che ne ebbi con lettera del 31 maggio 1872 che mi permetto (e me lo perdoni l'amico) di pubblicare per amore della scienza — *Mi limito per brevità alla prima specie: uccisione volontaria di Cajo e ferimento non voluto di Sempronio, col medesimo scatto di archibugio.*

Sono pienamente d'accordo con te nel riconoscere che qui non vi sono due reati, e che non vi è reato continuato: credo superfluo dirne a te le ragioni.

Vi riconosco invece i caratteri del reato complesso, sol quando però nel ferimento, non voluto, di Sempronio si verifichino gli estremi della colpa politicamente impu-

tabile. Poichè sebbene sia unica l' intenzione, unico il fine, unico il mezzo, unico l' atto, duplice è però l' effetto, la lesione di diritti; e ciascuna di queste lesioni è animata da una forza imputabile.

Se invece nel ferimento di Sempronio non si verificassero gli estremi della colpa punibile, rimarrebbe il solo titolo di amicidio doloso rispetto a Cajo; non potendosi ravvisare nessun carattere di penale imputabilità nel fatto materiale lesivo di Sempranio, non animato da veruna forza morale. Non è dunque esatto limitare il concetto del reato complesso al caso in cui vi sia ragione di mezzo a fine fra le varie lesioni di diritta.

Finquì l' esimio collega; ed io concordo secolui che dati gli estremi della colpa il ferimento del terzo, prodotto dalla deviazione dei proiettili, sia politicamente imputabile sotto la forma di *lesione colposa*. Ma persisto a ricusare la congiunzione di questo distinto reato col reato principale (omicidio o ferimento volontario a danno di Cajo) sotto la formula della *continuazione*, anche per la ulteriore ragione che il carattere essenziale della continuazione (unicità di *determinazione*) non si presta ad unificare il *voluto* col *non voluto*.

§. 1459.

Il codice Sardo può dirsi che abbia diviso le lesioni sotto il rapporto della loro quantità naturale in quattro classi piuttosto che in tre. La prima classe delle *leggiere* viene richiamata dall' art. 543 che le punisce col carcere da un mese a due anni. La seconda classe, che può dirsi delle *gravi*, viene descritta all' art. 544 che infligge la carcere fino a cinque anni. In questa classe ripete il codice Sardo l' applicazione e il criterio della durata fissando a trenta giorni il prolungamento della malattia od incapacità di lavoro che può rendere grave la ferita.

Ma è da notarsi che questo codice riconosce un ulteriore criterio di gravità nel pericolo di vita, sebbene non accompagnato da prolungamento oltre il mese della infermità od impotenza. La terza classe può dirsi quella delle *più gravi* che descrive all' art. 538, e punisce con la relegazione fino a cinque anni. In questa classe richiama i due criterii della debilitazione permanente di un senso o di un organo, e della deturpazione permanente della faccia. Costruisce poi un ulteriore criterio nel concorso *simultaneo* dei due elementi di gravità, dal codice stesso riconosciuti nella *durata* e nel *pericolo di vita*. La ricorrenza di uno solo di questi due criterii aumenta la pena del carcere nella durata senza cambiarne la specie: la combinazione copulativa di ambedue quelle circostanze opera il passaggio dalla specie penale del carcere a quella della relegazione. Finalmente la quarta specie delle *gravissime* nel codice Sardo viene descritta all' art. 539, ove minacciasi la relegazione fino a dieci anni. Ivi si tornano ad enumerare i criterii della perpetua *debilitazione mentale:* sul che è notabile nei due codici nostri la differenza che intercede fra la formula toscana *malattia* mentale e la formula sarda *debilitazione* delle facoltà mentali. Vi si richiama pure il criterio della malattia fisica probabilmente insanabile. Vi si richiama la *perdita* (differente dalla semplice *debilitazione* prevista dall' art. 538) di un senso, o della facoltà di generare, con gli stessi termini del codice Toscano. E con identici termini vi si richiama il criterio del prevedibile aborto conseguitone. Cosicchè in questa ultima classe quanto alla definizione dei casi vi è perfetta identità fra il

codice Toscano e il Sardo: tranne la differenza tra la parola *malattia*, e la parola *debilitazione:* sulle concludenze pratiche di codesta differenziale spetta ai medici forensi lo emettere competente giudizio. Il Cosentino *(pag. 387)* osserva sul testo del codice Sardo che la *legge non richiede siensi perdute interamente le facoltà mentali; basta che si sieno debilitate.* Sarà forse esatta questa interpetrazione del dotto criminalista. Ma se è esatta la sua interpetrazione, io non esito a dire che pecca di soverchio rigore la formula del codice Sardo. Essa è in primo luogo viziosa per lo indefinito che presenta sotto il punto di vista del risultato psicologico al quale aggiunge la potestà di tanto aggravare la pena. Le facoltà mentali dell' uomo sono parecchie: perchè la condizione dell' articolo ricorra dovranno esse trovarsi indebolite *tutte*, o basterà che ne sia indebolita *una sola*, per esempio la reminiscenza? Il dubbio è gravissimo. Oltre a ciò nessuno ignora che giunto l' uomo ad un certo periodo di età la debilitazione progressiva delle facoltà mentali è un fatale destino. Si ode frequentemente ripetere dagli uomini inoltrati negli anni il lamento di essere divenuti smemoriati, di non potere più applicare così per lungo come dapprima, di trovarsi più ottusa la mente, e simili. Come potrà il perito assicurare la giustizia che quell' indebolimento di cui si lagna l' offeso fu conseguenza della lesione, e non di un naturale decadimento? Finalmente se è difficile immaginare che un uomo voglia fingersi pazzo per lo sfogo di barbara vendetta onde condurre il suo feritore a più severo cruciato, è altrettanto facile ad un offeso accorto levare innanzi al

suo medico gravi lamenti di perduta ricordanza, di difficoltà nel percepire con l'antica nitidezza le idee, in una parola affettare lo indebolimento delle facoltà mentali. Qual sarà il medico che possa, per criterio scientifico indipendente dalle conquestioni dell'offeso, affermare alla giustizia che in quella mente vi fu un *reale* e *verace* indebolimento? Il medico sopracchiamato dopo l'avvenuta lesione, donde trarrà esso i criterii di confronto tra lo stato precedente, e lo stato successivo di quella intelligenza? Io non veggo in questa dottrina che pericoli per la giustizia.

§. 1460.

Un'altra differenziale importantissima fra il codice Toscano e il codice Sardo è quella relativa alla *evirazione*. Il delitto di evirazione per il codice Toscano cade sotto l'art. 326 §. 1 lett. *b*, perchè compreso sotto la generica formula *privazione della facoltà di generare* (vedasi Puccioni *commentario, vol. 4, pag. 530*): ed è per conseguenza punito col carcere se commesso per moto improvviso, e con la casa di forza per anni dodici al più se commesso con premeditazione. Il codice Sardo usa la istessa formula *privazione della facoltà di generare,* che per sua natura comprenderebbe anche il delitto di castrazione: ma poichè in questo codice all'art. 552 il fatto della evirazione è specialmente contemplato e punito con la galera per non meno di venti anni, così bisogna concluderne che la privazione della facoltà di generare prevista dall'art. 539 n. 2, sia soltanto quella che sopravvenga come conseguenza impreveduta di una lesione dolosa. Ciò

mostra che il codice Sardo ha voluto contro il delitto di evirazione conservare l' odio speciale con cui veniva guardato dai precedenti legislatori. E su questo argomento mi riporto a quanto ho detto di sopra ai §§. 1453, 1454. Si ha un bel declamare sulla *nobiltà* delle parti lese con questo delitto per giustificarne il rigore. Ma non saprò mai persuadermi che la privazione di una potenza bestiale debba considerarsi come danno più grave che non la privazione dello intelletto per cui l' uomo avvicinasi al creatore. Nè vale il dire che dalla evirazione (1) siavi luogo a temere con facilità la morte dell'offeso. Non è questa la ragione del rigore, poichè il caso della morte susseguita alla evirazione è specialmente previsto e punito come omicidio.

(1) In proposito del *materiale* di questo reato è notevole la differenza che passa tra la *evirazione* e la castrazione. Ciò venne dottamente discusso dall' accusa nel senso della *parificazione* delle due formule, e dalla difesa nel senso opposto in un caso pratico che trovasi per disteso nell' *Eco dei Tribunali n.* 1796. Trattavasi di un Ufficiale che per vendetta gelosa aveva nel Napoletano tolto deliberatamente i testicoli ad un borghese. Si sostenne in quel caso che il toglimento dei testicoli costituisce castrazione e non *evirazione,* perchè rimane il membro virile. Si sostenne che essendosi nel codice Sardo Napoletano del 1861 nell' art. 552 usata la parola *evirazione* mentre all' art. 559 si adopera la parola *castrazione*, era stata mente del legislatore di richiedere nello articolo 552 la completa privazione di ogni segno virile, e non essersi contentato della sola inabilitazione a generare. Questo sistema ebbe plauso da quel giudicato; e ciò mostri ancora una volta quanta attenzione debba adoperarsi dai legislatori nella scelta dei vocaboli che spesso portano a conclusioni di altissima importanza.

§. 1461.

Per ultimo alla *quantità naturale* della lesione come condizione che valga a renderla *gravissima* potrebbe, secondo il metodo usato da alcuni codici, richiamarsi la morte del ferito quando la medesima non fu (o per presunzione, o per dimostrazione positiva) conseguenza assolutamente necessaria della lesione. In questo senso anche la vecchia pratica toscana (1) richiamava alla classe dei ferimenti il così detto ferimento susseguito da morte, come spiegammo ai §§. 1090 e 1109. Il codice Sardo all' art. 541 mantiene il titolo di *omicidio* contro il ferimento cui abbia susseguito la morte dentro i quaranta giorni, quantunque la morte non *sia succeduta per la sola natura delle ferite o percosse, ma per causa preesistente o sopravvenuta.* E in ciò deflette dal rigoroso linguaggio della scienza, la quale non permetterebbe si conservasse a cotesta ipotesi il titolo di omicidio. Ai precetti della scienza obbedisce peraltro nella parte sostanziale, poichè dispone che in tale contingenza la pena debba abbassarsi di uno o due gradi. E questo è il caso di morte susseguita al ferimento con mancanza *dimostrata* del nesso ontologico. Ma vi era nella vecchia pratica una regola che stabiliva la mancanza *presunta* di cotesto nesso; e questa regola emergeva dall' insegnamento dei dottori (2) i quali sostenevano che quando la morte del ferito non fosse avvenuta dentro i quaranta giorni dovesse presumersi derivata da altre cause concomitanti; e perciò colpirsi di pena straordinaria.

(1) Ed anche da pratiche straniere: Caldero *Decisiones Cathaloniae lib.* 1, *decis.* 11.

(2) Volendo comporre in una teorica le divergenti opinioni dei dottori, che si accordarono nell' attribuire una efficienza giuridica all' intervallo di oltre quaranta giorni interceduto fra la ferita e la morte, bisogna distinguere il vario loro modo di apprezzare cotesta circostanza, in tre proposizioni difformi. Tutti concordemente prendono le mosse dal principio della *leg.* 30, §. 4 *ff. ad leg. Aquil.* — *si vulneratus fuerit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit non de occiso.* Ma nello applicare a cotesto testo il criterio del quaranta giorni differiscono come appresso:

1.° Alcuni prendendo come apodittica la opinione di quei medici che insegnavano essere necessità di qualsisia ferita mortale quella di uccidere dentro quaranta giorni, ne concludevano che se il ferito era morto dopo cotesto spazio dovesse impreteribilmente dirsi che la morte non era avvenuta per conseguenza della ferita: e quindi esulare per sempre il titolo di omicidio. In questo senso riferisce Rousseaud de la Combe essersi deciso in alcune provincie di Francia, ed allega la *decis.* 323 del Boerio ed un giudicato del parlamento di Aix del 19 gennaio 1652; soggiungendo sull' autorità di Imbert *(instit. for. lib.* 3, *tit.* 21, *n.* 10) che in cotesto caso condannavasi soltanto il giudicabile a fare la fondazione di una messa perpetua per l' anima dell' ucciso; vedasi Claro *lib.* 5, §. *homicidium, n.* 44 — Corneo *cons.* 194, *lib.* 2 — Caepolla *cons. crim.* 41 — Farinaccio *lib.* 4, *quaest.* 127, *n.* 46, 47. In questo senso viene intesa la disposizione dell' art. 231 del codice penale Francese, nella quale i commentatori non leggono nè una pura presunzione, nè una mitigazione di pena; ma una *vera e propria prescrizione:* come avverte Chauveau *code pénal progressif, Paris* 1832, *pag.* 283, *n.* 4 — *Ce delai est moins une présomption en faveur du coupable, qu' une sorte de prescription pour le mettre à l' abri des poursuites.*

Fra le considerazioni che talvolta condussero ad adottare la regola dei quaranta giorni in cotesto senso assoluto trovasi principalmente valutata la convenienza di non lasciare che un' accusa terribile rimanga per mesi ed anni indefinitamente pendente sopra la testa di un cittadino. Lo ammettere che possa obiettarsi l' omicidio anche quando la morte avvenne dopo due, dopo dieci, dopo trenta mesi, non dà mai pace ad un feritore; il quale dopo avere subito il giudizio e la pena del ferimento, ed essere stato restituito alla famiglia, può ad un tratto trovarsi per il medesimo fatto sottoposto ad un' accusa capitale, se avvenga che quel ferito muoja e che sembri ai medici esistere in cotesta morte il rapporto di effetto a causa con quell' antico ferimento. Tali considerazioni, come ognuno comprende, sono esclusivamente politiche.

2.° Più generalmente fu osservato essere fallace la regola medica suddetta, perchè da altri medici combattuta non meno che dalla esperienza; e talvolta una ferita cagionare la morte anche dopo un anno e dopo due per sua potenza naturale, e senza bisogno di estranee cause antecedenti o sopravvenute. Laonde insegnarono che la sopravvivenza di oltre 40 giorni costituisse una mera *presunzione* a favore dell' accusato, la quale imponesse all' accusatore di provare il nesso tra la morte e la ferita, indipendentemente da altra qualsiasi cagione; lo che fatto dall' accusa dovesse star fermo il rimprovero *de occiso:* non fatto dovesse soltanto applicarsi il titolo *de vulnerato.* In questo senso si pronunziarono Rousseaud de la Combe *matières criminelles, pag.* 86 — Fabro *in codicem, lib.* 4, *tit.* 15, *def.* 64 — Serpillon *code criminel, vol.* 1, *pag.* 416 — Zacchia *quaestiones medico legales, lib.* 5, *tit.* 2, *quaest.* 5, *n.* 2 *et seqq.*

Questa seconda opinione è priva di senso giuridico, perchè suppone che in tutti gli altri casi non sia onere dell' accusa provare rigorosamente che l' evento dalla morte da lei obiettato ad un giudicabile fu l' effetto del ferimento che gli

rinfaccia. Ma poichè codesto obbligo corre all' accusa anche quando la morte sussegue dopo breve intervallo, così è manifesto che la regola dei quaranta giorni si riduce ad una vana parola.

3.° Altri finalmente stimando pericoloso lo attenersi alle ricerche di fatto, e valutando che data la morte dopo quaranta giorni potesse rimaner sempre un qualche dubbio sulla connessione tra la ferita e la morte, prescrissero che indistintamente per la sola circostanza della sopravvivenza oltre i 40 giorni dovesse farsi passaggio ad una pena straordinaria. Codesta opinione (che è quella adottata dal codice Sardo all' art. 542 prima alinea) fu quella che più generalmente prevalse: perchè è nella natura dell' uomo di prediligere certe transazioni di coscienza, quando trovasi in faccia a questioni difficili ed intricate. Tale movente è quello stesso onde va oggi recandosi in credito il sistema delle circostanze attenuanti, che nella sostanza sono una trasformazione delle pene straordinarie della vecchia pratica, contro le quali mezzo secolo fa si gridava sì alto l' anatema. Questa terza opinione ebbe sanzioni legislative. La consuetudine di Brettagna all' art. 620 disponeva che *sopravvivendo il ferito più di 40 giorni dopo la riportata lesione, non dovesse mai il feritore punirsi di morte*, ma di altra pena ad arbitrio del giudice: vedansi Brodeau *sur la Coutume de Bretagne, à l' art.* 620, e D' Argentré *à l' art* 576, *pag.* 1795.

Ma questa terza opinione era pur troppo la più irragionevole di tutte, perchè dettava una regola la quale riusciva in pratica *costantemente ingiusta*. O in faccia alla verità delle cose la ferita fu la vera cagione della morte; ed allora non vi è nessuna ragione nè morale, nè giuridica, nè politica di alleviare la pena solo perchè i patimenti della vittima si prolungarono oltre i quaranta giorni nell' angosciosa lotta fra la morte e la vita. Nello stato di verità la regola pecca di una benignità non giustificabile: chè se in faccia al sommo vero la ferita non fu causa della morte,

la regola pecca di patente ingiustizia verso il giudicabile quando gl' irroga una pena che, quantunque mitigata, si misura pur sempre sul titolo dell' omicidio. In sostanza il giudice rimane in dubbio sul titolo di omicidio, e pur tuttavia lo ritiene. Non è più dunque la verità ma il sospetto la base della criminale condanna.

§. 1462.

Codesta regola con una singolare modificazione si raccolse dal codice Sardo all' art. 542, per disporre che in caso di morte dopo i quaranta giorni la pena (mantenuto sempre il titolo di omicidio) potesse abbassarsi anche di tre gradi se era *dimostrato* che la morte non fosse conseguenza della sola natura della ferita; e di uno o due gradi se tale dimostrazione mancando, rimaneva a ritenersi il nesso di necessario rapporto tra la ferita e la morte. Per tal guisa il codice Sardo non solo ha riprodotto quella regola dei quaranta giorni che in faccia alla scienza medico-legale moderna era divenuta di assai problematica utilità; ma congiungendo questa regola alla esigenza della *dimostrazione* di mancanza di nesso le tolse ogni senso giuridico: dappoichè sia evidente che quel precetto non poteva altro significare tranne una presunzione. Laonde poco vi vuole a comprendere quanto sia antigiuridico il concetto di congiungere insieme alla *prova piena* la efficacia di una *presunzione:* vi è tale repugnanza a cotesto metodo che quasi tocca l' assurdo. Al vizio radicale dell' antica regola si è per tal guisa aggiunto il vizio della contradizione. Quando alla *presunzione* nata dalla sopravvivenza oltre i quaranta giorni suc-

cede la *dimostrazione* che la morte avvenne non per la natura della ferita, ma per altra causa preesistente o sopravvenuta, continuare da un lato a dare un valore giuridico a quella presunzione, vale l' istesso che pretendere di veder la luce lunare quando il sole brilla in pieno meriggio: e dopo ciò ostinarsi dall' altro lato a mantenere il titolo di omicidio, transigendo con la coscienza mercè il palliativo della diminuzione di un altro grado, vale l' istesso che operare a caso, e più per moto di sentimento che per calcolo di ragione. Finalmente dare nel tempo stesso alla *presunzione* (art. 542 primo alinea) la forza di diminuire di *due gradi;* e dare alla *prova positiva* (art. 542 secondo alinea) la forza di diminuire di un grado; mentre nell' art. 541 secondo alinea a questa stessa *prova positiva* si attribuisce la forza di diminuire due gradi; è un tale fascio di contradizioni da non trovarne modo. Ma tali (1) aberrazioni sono la ordinaria conseguenza della scelta di un erroneo principio: il quale appunto perchè è erroneo, per necessità logica conduce a facili confusioni, e ad esitante oscillazione nelle sue applicazioni.

(1) Queste censure contro il sistema del codice Sardo sonosi più largamente svolte e con fiore di senno nella dissertazione pubblicata dall' Avv. P. Grippo, sotto il titolo *della ferita o percossa volontaria che produce la morte,* nell' *Archivio giuridico* diretto dal Prof. Filippo Serafini al *vol.* 5, *pag.* 348, 511. Il dotto giureconsulto chiama a *pag.* 515 quell' art. 541 *una sventura per il Regno d' Italia.* E se le sue censure possono sembrare amare e vivaci sono però sempre inferiori al merito. Quella dissertazione è

degna non solo di essere letta ma di essere profondamente studiata da chi sappia e voglia capirla.

§. 1463.

Fin qui abbiamo discorso singolarmente quali siano i risultamenti che, secondo il più comune modo di vedere dei legislatori, al danneggiamento della persona (nel quale sta la generica *essenza di fatto* della lesione) aggiungono il carattere di lesione grave, o gravissima. Cotesti risultamenti hanno dunque una particolare *essenza di fatto* la quale richiama al presente luogo tutte le questioni che nell' argomento dell' omicidio attenevano alla essenza e genere di cotesto titolo. Laonde a questo luogo rimane ad esporre sotto un punto di vista generale quali siano le successive ricerche, e le possibili questioni occorrenti allorchè si tratta di pronunciare che il titolo di lesione grave o gravissima è nella sua essenza di fatto assodato.

1.° — La prima indagine è quella relativa alla *materiale esistenza* della circostanza per cui si voglia ritenere che la lesione sia grave, o gravissima. Per tale ricerca si chiarisce la prima base del *corpo del delitto* in questo genere di accuse. Ma la *imputazione fisica* non può dirsi assodata per la sola giustificazione di una materiale esistenza delle condizioni di gravità, se le medesime rimangono nozione possibilmente sconnessa dal fatto del quale il giudicabile è riconosciuto autore. Bisogna dunque in secondo luogo chiarire il nesso ontologico che intercede fra quella risultante materialità, e l' *azione* del giudicabile.

§. 1464.

2.° — Di qui i problemi che sorgono in proposito di certe combinazioni ove si presenta da un lato un atto violento del giudicabile contro l'offeso, e dall'altro lato un danneggiamento personale accompagnato da condizioni di gravità, ma vi è luogo a dubitare se all'azione del colpevole debba attribuirsi quel risultato come a vera sua *causa* o soltanto come ad *occasione*. Ecco i primi e semplici termini della questione: alcuno con intenzione ostile minacciò il nemico, ed usò violenza contro di lui; questi per evitare il sovrastante pericolo eseguì un'*azione* tutta propria del suo corpo, e tutta procedente dalla sua volontà senza nessuno impulso fisico per parte del colpevole. Per esempio, egli volle scansarsi i colpi che gli minacciava l'accusato, ed in ciò fare cadde; e cadendo si cagionò ferita gravissima od anche letale: oppure a fine di salvarsi dalle violenze si gettò dalla finestra, e riportò gravi lesioni. In tali ipotesi bisogna supporre, perchè la questione sia proponibile, che il reo non eseguisse i propri atti col fine esplicito di costringere il nemico a precipitarsi per cotal guisa. Supposta simile previsione e simile intendimento, l'*azione* del giudicabile sarebbe stata pur troppo *causa* diretta e non semplice occasione dei più tristi risultamenti. L'offeso ed il suo corpo sarebbero stati in siffatti termini *strumento* del colpevole, e tutta la responsabilità dell'evento ricadrebbe su lui, nè più nè meno come se un nemico col pugnale alla mano mi costringesse a bere il veleno; nel qual caso, sia che se ne traesse il ti-

tolo di omicidio, sia che se ne traesse il titolo di veneficio (§. 1183) certo è che il resultato della morte non potrebbe il giudicabile declinare dalla sua responsabilità col vano pretesto che io stesso bevvi il veleno, e che l' avvelenamento ebbe la sua causa immediata nell' azione della mia mano e delle mie fauci. Ma esclusa la ipotesi eccezionale di cotesto complicato disegno, è manifesto che la caduta o il precipitarsi dall' altura non essendo conseguenza immediata dell' opera e della mano del giudicabile, bisognerebbe bene pronunziare che la grave lesione od anche la morte del nemico non è effetto dell' *azione* del reo; e con siffatta formula esonerarlo dalla *fisica imputazione* di omicidio o lesione grave (1). In questa seconda configurazione io vado dunque pienamente d' accordo con i sostenitori della formula *non è conseguenza dell'* AZIONE *del reo;* e stimerei doveroso lo assolvere da ogni responsabilità.

(1) Questa soluzione era già stata insegnata come positiva dal Romagnosi nella *Genesi del diritto penale*, §. 593 — ivi — *Allorchè un dato effetto deriva da combinazioni che non si potevano prevedere, in tal caso il fortuito si mescola col deliberato, e l' effetto che derivò dall' atto deliberato non si può attribuire all' agente che ne fu causa* OCCASIONALE. E prosegue facendo il caso in termini. Erasi cotesta soluzione convertita in precetto legislativo dal regolamento penale per le provincie tedesche dell' impero austriaco pubblicato il 17 gennaio 1850. Ma quando fu promulgato poi nel 1852 il codice generale dell' impero, e il §. 132 del regolamento fu trasfuso nel §. 134 del novello codice, il cambiamento di una parola fece nascere disputa fra i giuristi dell' impero, e fuvvi chi sostenne che il nuovo

§. 134 portava ad imputare un evento anche a chi del medesimo non era stato che causa *occasionale*.

Ma la coscienza pratica dei magistrati non poteva mai accettare siffatta esorbitanza. E di fatti trovasi una decisione della Corte Suprema di Vienna del 14 luglio 1858 che esclude il titolo di lesione grave dal fatto di un accusato che mediante una spinta aveva fatto cadere il nemico, e questi cadendo si era fratturato una gamba. Altra simile nell'istesso senso emanò la Corte Suprema di Vienna il 27 gennaio 1855 in eguali termini di fatto, escludendo, malgrado la morte susseguita alla caduta, il titolo di uccisione.

Questi giudicati non rientrano nella configurazione che qui ho proposto; ma invece cadono sotto la ipotesi che vado ad esporre sotto numero 3. Ma se la coscienza dei tribunali si rifiuta a mantenere il titolo emerso in ragione del più grave danno *occasionato* dall' *azione* soltanto *indiretta* del giudicabile, è intuitivo che non può neppure esservi luogo a serio dubbio quando (come si propone in questo caso secondo) al danno più grave non diede *occasione immediata* il fatto del giudicabile, ma questo fatto diede *occasione* al fatto od azione *di altri*, la quale azione poi fu alla sua volta occasione del più grave danno.

§. 1465.

3.° — Ma i seguaci di cotesta formula ne avrebbero voluto fare applicazione ad un diverso caso nel quale io non credo che rettamente convenga. Il giudicabile diede un urto nel petto al suo nemico: questi cadde non più per un movimento figlio della sua volontà, ma per l'impulso ricevuto dalla mano del percussore: cadde, e cadendo battè il capo sopra un sasso od un mobile, e ne risultò grave o letale lesione alla nuca di quell' infelice. Ecco (volle dirsi) la lesione alla nuca non è prodotta dalla ma-

no dell' accusato; questi produsse una leggera ecchimosi nel petto, e niente offese nell' avversario quella parte del corpo la cui lesione lo trasse a patire gravissimi danni, o a perire: il più grave o funesto risultamento non può dunque neppure *fisicamente imputarsi* al giudicabile, poichè non è effetto della *azione* sua, ma di un caso intervenuto: è prodotto dal sasso o dalla sedia su cui venne quella testa ad urtare, non dal pugno o dalla spinta dell' offensore. Ora è qui dove l' applicazione della formula non è a mio credere esatta, perchè se la mano del reo non fu quella che spinse il sasso o la sedia contro la testa della vittima, fu però la mano del reo che spinse con nemica intenzione il capo della vittima contro la sedia o contro il sasso. Distinguere in tale ipotesi fra l' *azione diretta* e l' *azione indiretta* non parmi conveniente, nè concludente. La *imputazione fisica* del più grave danneggiamento deve dunque (a mio credere) giustamente colpire l' accusato. Soltanto potrà degradarsi la *imputazione morale,* ricorrendo alla dottrina della *preterintenzionalità,* la quale senza dubbio sarà nei congrui termini la vera soluzione del quesito generico sulla imputazione: ma *fisicamente* autore di quel risultato è il percussore, causa di quel danno più grave è il suo atto violento (1).

(1) In questo senso ha giudicato non ha guari la Corte di Cassazione di Milano con la sentenza del 10 maggio 1861, in un caso ove appunto sostenevasi non avere il giudicabile fatto altro che dare una spinta; dalla spinta esserne conseguita la caduta, dalla caduta la percossa del capo dell' offeso contro un corpo duro, e di qui la lesione causativa della

morte; e sostenevasi che tale lesione e la morte derivatane non era conseguenza *diretta* dell' azione del reo, e che a lui non poteva imputarsi. La Corte Suprema respinse tale sistema, dicendo inaccettabile in faccia alle disposizioni del codice Sardo la distinzione fra azione *diretta* ed azione *indiretta ;* ed io credo che ciò sia vero anche in faccia ai principii della scienza, almeno per ciò che attiene alla *imputazione fisica*, e sotto questa forma speciale di applicazione. È però vero che i due giudicati della Corte di Vienna da me ricordati nella nota precedente (§. 1464) avrebbero deciso in senso opposto. Ed è vero pur troppo che la fluttuanza della giurisprudenza Alemanna sovra questa ipotesi, come sovra altre consimili, scoraggia lo studioso. A modo di esempio, nell' *Eco dei Tribunali* del 28 maggio 1865 *n*. 1544 si ricordano sette giudicati contradittorii l' uno all' altro nella questione se chi diede una spinta nelle reni sia responsabile della lesione grave che l' offeso cadendo si' cagionò nella testa. Ma qui vuol essere richiamata la osservazione che andrò a fare fra poco in altra nota (§. 1466 nota 2). Le decisioni dei casi pratici sono talvolta figlie di specialissime circostanze di fatto, e di particolari impressioni dell' animo. Oltre a ciò non è raro che i giudicanti, i quali non siedono per dettare una teorica, esprimano i motivi del loro giudizio in un modo confuso, attribuendo alla negazione della *imputazione fisica* ciò che dovrebbe essere attribuito soltanto alla negazione della *imputazione morale*. I risultamenti fatali di una spinta possono talvolta essere così straordinari da doversi dichiarare *impreveduti*, od anco *imprevedibili*. Ecco che in tale stato di convinzione il giudice esonera l' accusato dalla responsabilità di tali risultamenti senza contradire ai principii fondamentali della imputazione. Non mancano allora al rinfaccio di omicidio, o di lesione gravissima, gli elementi della *imputazione fisica :* gli mancano però gli elementi della *imputazione morale*, perchè sorge in campo la figura del *caso fortuito*. Allora non più si questiona sulla essenza di fatto : non più s' im-

pugna che la morte o la lesione gravissima abbiano avuto causa nell' azione del giudicabile. La questione che sorge è ben diversa. Essa vuol essere posta nei termini, se e fino a qual punto chi versa in cosa illecita possa essere moralmente responsabile delle conseguenze più gravi derivate dalla sua azione per la sopravvenienza di un fortuito: ed il problema si converte in una questione di *prevedibilità* e di *previsione* che è tutta di *fatto*. Il nesso giuridico non può immaginarsi senza presupporre il nesso ontologico; ma il nesso ontologico può bene talvolta esistere senza che gli tenga dietro il nesso giuridico quando non lo induca il nesso ideologico.

§. 1166.

4.° — Una ulteriore applicazione della formula, *la gravità non è effetto dell'* AZIONE *del reo,* si offre nel caso in cui tra la ferita e le conseguenze più gravi che si bramerebbero declinare, sia intervenuta una accidentalità che abbia denaturato non più l' immediato risultamento ma le successive conseguenze di gravità; per esempio gli stravizii, o la mala cura, o la niuna cura della primitiva lesione. Qui non si vuole declinare la *imputazione fisica* della ferita, quanto al suo primario modo di essere: si concede che la ferita derivò dall' *azione* del reo, ma si impugna che dall' *azione* del reo derivassero le condizioni di gravità o di letalità che assunse poscia quella ferita. Così con tale formula volle dimostrarsi la ingiustizia d' imputare all' accusato la lesione con la qualità di grave, o gravissima, o letale, perchè gli si imputerebbe cosa che non era conseguenza del fatto suo; e si disse doversi distinguere sempre fra conseguenza *immediata* e conseguenza *mediata*. Ma cotesta formula condusse per

forza logica a distinguere il caso della *niuna cura*, dal caso della *mala cura* o dello *stravizio*. Ammettendo ancora (si replicò) che voi possiate declinare la imputazione dei più gravi danni quando questi sono attribuibili ad un' *azione* di altri (1) fuori dell' accusato, come potete declinare quei risultati che provennero dalla assoluta *mancanza di cura?* Potete dire che la morte non fu effetto della ferita ma del tetano, o della cancrena; e che il tetano ebbe causa nell' *azione* del medico che lo eccitò con applicazioni irritanti, o che la cancrena derivò dall' *azione* della stessa vittima che la produsse con le sue intemperanze. Ma come potete dire altrettanto quando l' evento derivò dalla nessuna cura? Qui voi non avete l' intervento di alcun' azione di terzo. La ferita fu prodotta dalla vostra mano. La gravità o letalità che ne conseguì fu lo svolgimento spontaneo della sua natura: sarebbe stato forse possibile arrestare quel maligno svolgimento, ma tostochè il medesimo procedette nel suo corso ordinario, le vostre stesse formule portano le conseguenze a tutto carico del giudicabile. Non vi giova la formula dell' *azione*, perchè nessun' azione *altrui* qui s' intromise alla quale voi possiate attribuire come a causa speciale l' evento più grave. Non vi giova la distinzione fra causa *mediata* e *immediata*, perchè non avete un fatto sopravvenuto al fatto del ferimento a cui possiate attribuire il concetto di *causa immediata* onde ridurre quello alle mere funzioni di *causa mediata*. Quando la casa abbruciò, la *causa immediata* ne fu il fatto dell' incendiario; nè vale dimostrare che una brava compagnia di pompieri immediatamente accorsa avrebbe potuto

sopire l'incendio. Sicchè la questione in questo quarto punto di vista non parmi riceva gran luce per gli strenui tentativi fatti in proposito modernamente da alcune scuole di Lamagna ad occasione della dottrina di Feuerbach incarnata nell' art. 143 del codice Bavaro, trasfusa poscia nell' art. 225 del codice Annoverese, ed in altri molti codici della Germania, ond' ebbero occasione tante dispute e tanti studi su questo argomento (2). Il problema rimane tuttavia nei termini nei quali noi lo ponemmo ai §§. 1089 e segg. in proposito dell' omicidio; se non che nella presente materia la ricerca di fatto non più conduce a mutare la classe, passando dal titolo di omicidio a quello di lesione, ma a far cessare la qualifica di gravità nella lesione, mantenuta sempre la classe della medesima.

(1) Quanto alla *gravità* della lesione sopraggiunta per imperizia del medico o per imprudenza dell' offeso, potea dirsi *comune* nella pratica la opinione che della medesima non fosse responsabile il feritore, perchè di tali conseguenze la ferita tenevasi essere occasione e non causa; ed ove ancora per tali fortuiti fosse sopravvenuta la morte, il giudicabile non si teneva *de occiso* ma *de vulnerato*. Cotesta dottrina fondavasi sul testo nella *l. qui occidit* §. 4 *ff. ad leg. Aquil.* citata di sopra in proposito della presunzione dei quaranta giorni: Grivellio *decis. dolanae* 178, *n.* 4 — Vulpino *succus Farinacci, quaest.* 127, *n.* 3 *et* 4 — Columba *de forma procedendi, art.* 25 — Galli *observat.* 3, *n.* 20, 24 — Conciolo *resolutiones, verbo vulnus, res.* 1, *n.* 2 *et seqq.* — Angelo *de delictis, pars* 1, *cap.* 98 *n.* 18 — Bossio *tractatus, tit. de homicidio, n.* 115 — Mendez de Castro *practica lusitana lib.* 5, *cap.* 1, *n.* 74, — Cantera *quaest. crimin. cap.* 7, *n.* 3 *in fine* — Car-

pzovio *pars* 1, *quaest.* 26, *n.* 11, 12 *et* 13, ove declina l'obietto della *leg. nihil interest,* 15, *ff. ad leg. Corn. de sicar.* e della *leg. quoniam,* 6. *C. ad leg. Jul. de vi publica,* prendendo a base la distinzione fra causa *mediata* e causa *immediata.*

È intuitivo che le ragioni determinanti ad una od altra massima intorno lo influsso che sul titolo del reato possono o no esercitare le accidentalità dei vizi morbosi dell'offeso, o delle sue intemperanze, o della tardanza od irregolarità della cura, corrono con perfetta uguaglianza così nel tema di omicidio, come nel tema di lesione grave, o gravissima. Malgrado ciò il codice penale Toscano del 1853 non aveva in proposito della lesione personale ripetuto la regola da lui sanzionata all'art. 308 per l'omicidio. Vi provvide la legge dell'8 aprile 1856, che fra le varie correzioni introdotte in quel codice sanzionò pur questa; aggiungendo il §. 2 all'art. 326, e in questo §. 2 ripetendo in lettera le dichiarazioni dell'art. 308.

(2) Anche in proposito dello *condizioni individuali* che abbiano reduta *grave* una lesione di sua natura *leggiera* era assai tranquilla la vecchia dottrina: Bardelloni *Cons.* 98, *pag.* 554; e i da lui citati — *Responsa Tubingensia vol.* 9, *cons.* 71, *n.* 22. Ma le moderne scuole alemanne sono andate per diverse vie, e con infinite distinzioni e divergenze. Ugualmente le decisioni dei tribunali dei diversi stati germanici presentano tali contradizioni da scoraggire chiunque tenti coordinare quella giurisprudenza ad una teorica. Un giudicato della Corte Suprema di Vienna del 17 decembre 1852 (Herbst §. 152, *n.* 3) proclama come regola assoluta che il giudicabile debba corrispondere della gravità della lesione benchè derivata dalle condizioni malsane dell'offeso. Ma per contrario molti altri giudicati di quella stessa Corte ammisero le preesistenti condizioni malsane dell'offeso come valevoli a declinare il titolo più grave, quando la gravità ebbe la sua causa in quello stato malsano. L'art. 144 del codice Bavaro del 1813 scioglieva il problema distinguendo se alla efficien-

za della condizione malsana diede o no impulso la ferita; ed il dotto criminalista Cammillo Bertolini (*Eco dei Tribunali n.* 964) vorrebbe che l' art. 308 del codice Toscano s' interpetrasse *ad tramites* dell' art. 144 del codice Bavaro. Ma noi seguendo l' insegnamento del senatore Puccioni (*commentario, vol.* 4, *pag.* 442, *e* 534) crediamo più ragionevole interpetrare il nostro codice *ad tramites* della dottrina della scuola toscana, e della giurisprudenza secolare prevalsa fra noi. Crediamo cioè che debbano lasciarsi da parte tante sottili distinzioni alle quali diede occasione il principio più severo, e le difficoltà gravissime contro le quali veniva tratto tratto urtando nelle pratiche applicazioni. Dappoichè cotesto principio doveva naturalmente vacillare in faccia alla repugnanza che incontrava la dottrina nei tribunali per la esorbitanza di certe applicazioni non accettabili dalla coscienza dei magistrati. Crediamo cioè che ottima a risolvere tutte le questioni pratiche in conformità della buona giustizia (e adattabile nel tempo stesso al nostro codice del 1853) sia la vecchia teorica toscana a cui altrove (§. 1092) accennammo, e che tanto nitidamente s' illustrò dal Puccioni al luogo citato. Anche il Bertolini in una sua dissertazione inserita nell' *Eco dei Tribunali (n.* 964 *e* 965) si cimentò a costruire in una teorica i vari giudicati germanici. Ma non approdò ad alcuna conclusione, perchè ciò era impossibile a chiunque sebbene dottissimo. Ed è impossibile perchè quei giudicati non si ispirano ad un sommo principio unificatore; ma sono figli delle impressioni del fatto. La novella dottrina di Feuerbach, per quanto possa sembrare più esatta e logica in punto astratto, riesce intollerabile spesse volte nelle pratiche contingenze. Da ciò ne avviene che i giudici si attengano alla regola rigorosa tutte le volte che il caso da decidere offra condizioni meritevoli di severità. Ma quando invece le circostanze del caso renderebbero oltremodo intollerabile l'applicazione della regola, essi la evadano; perchè la medesima, che guardata in astratto sembrava giusta, comparisce in tutta la crudezza della sua ingiustizia nella

speciale applicazione a cui la si dovrebbe condurre. Come sperare che magistrati di coscienza dichiarino responsabile di omicidio chi diede al nemico un leggero morso, solo perchè cotesto morso, o per la cattiva costituzione dell'offeso, o per mala cura, sviluppò la cancrena? Ecco come sovente il senso morale del giudice si ribella al dettato giuridico e lo fa naufragare. Ed ecco come (e sia questa la conclusione del mio discorso) certe dottrine di eccedente rigore non siano buone per una legislazione positiva, la quale non è destinata a vivere nei regni della fantasia; e per necessità morale rendano prima o poscia fluttuante ed elastica la giurisprudenza.

§. 1467.

5.° — Le precedenti osservazioni hanno relazione alla *imputazione fisica*, la quale non vuole esser confusa con la *imputazione morale* (§. 8). Spesso si vengono scambiando le due ricerche: ma la indole dell'elemento che si rintraccia, e le ragioni di sciogliere il quesito pratico sono differentissime. Può al seguito di una particolare dottrina, o di speciali resultanze di fatto, il magistrato venire alla conclusione — *io t' imputo fisicamente* la condizione di grave o gravissima che riscontro in questa lesione: e potrà poi scendere all' altra conclusione apparentemente opposta — *io non t' imputo moralmente codesta gravità;* oppure — *io te la imputo meno pienamente.* In questa seconda ricerca il giudice non più studia i rapporti *ontologici* della gravità, ma i suoi rapporti *ideologici,* in quanto egli ricerca se quella gravità fosse *preveduta* dall' agente benchè non voluta (e così applicargli la nozione del dolo indeterminato); o se non essendo da lui preveduta, fosse almeno da lui *prevedibile* (per applicargli così la nozione della preterintenzionalità). Questa ulte-

riore ricerca può non essere affatto *indipendente* dalla prima, perchè il nesso ontologico più o meno stretto può dare spesse fiate argomento per concluderne o per escluderne il nesso ideologico: ma sebbene non ne sia indipendente essa è però sostanzialmente diversa; e malissimo fanno coloro che teoricamente o praticamente unificano le due ricerche.

Ambedue le ricerche erano fuse insieme, e compenetrate nella vecchia teorica toscana; la quale in ordine alle individualità *preesistenti* nell' offeso faceva dipendere la soluzione del problema dalla *cognizione* che potesse averne l' offensore: in quanto alle accidentalità *concomitanti* la faceva dipendere dalla loro connessione col *fatto dell' offensore:* e in quanto alle accidentalità *susseguenti* la faceva dipendere dalla più o meno possibile *previsione* del feritore. Ma dove le nuove dottrine oltramontane prevalessero in senso contrario in ordine alla definizione del *titolo,* rimane allora (e sorge anzi con raddoppiato interesse) la questione *intenzionale.* Mi spiego. Fu a Cajo recata una lesione che di natura sua sarebbe stata sollecitamente guaribile per prima intenzione: ma le intemperanze di ogni maniera a cui si diede l' offeso, svilupparono un processo suppurativo che lo tenne inabile al lavoro per oltre i trenta giorni. La questione sull' elemento materiale sorge in questa forma — abbiamo o no un titolo di *lesione grave?* E qui si svolgono tutte le contraddittorie opinioni che discordano nel valutare gli effetti dell' accidentalità sulla definizione del titolo. Se in questo conflitto prevale la vecchia dottrina si dirà — abbiamo una lesione leggera, perchè l' effetto *grave* non è conseguenza del fatto del

feritore, ma del fatto del ferito. Sciolta così la qnestione ontologica, è inutile procedere oltre alla ricerca ideologica. Ma quando i giudicanti (seguaci della dottrina di Feuerbach) vogliano in senso opposto risolvere la prima qnestione, ne verrà la conseguenza che il *titolo* obiettabile sarà quello di *lesione grave:* e la *imputazione fisica* dovrà farsi sotto cotesto titolo. Ma che perciò? Non è mica ancor detto che la *imputazione morale* debba rispondere alla *imputazione fisica* senza possibilità di divergenza! La stessa circostanza che si volle rejetta nella prima ricerca, si ripropone nella seconda. Il titolo è di lesione *grave:* lo sia. Ma le intemperanze dell' offeso erano o no prevedibili o prevedute dall' offensore? Ecco la seconda forma della questione. Non più questione medico-legale, non più questione giuridica; ma qnestione tntta congetturale e di fatto. Perchè se il giudice si convince che la volontà dell' agente non era diretta a cagionare nna lesione *grave*, e si convince altresì non avere esso *preveduto* che il suo nemico fosse così stolto da deteriorare per imprudenze la propria salute; egli è incontrastabile che la forma del puro dolo (così determinato come indeterminato) è eliminata affatto in quanto al titolo di lesione *grave.* Sicchè l' accusa ha guadagnato terreno quanto alla impntazione *fisica*, e può vantarsi di aver fatto scrivere in sentenza — *reo di lesione grave.* Ma la pena della lesione *grave puramente dolosa* non sarà più applicabile, e al giudice resterà solo la scelta fra la lesione grave *preterintenzionale* (1), e la lesione *grave colposa;* e i vincitori resteranno vinti sul terreno della *imputazione morale.*

(1) In proposito della preterintenzionalità l' art. 330 del codice Toscano riproduce per la lesione grave o gravissima la distiozione, da lui già dettata per l' omicidio, fra *conseguenza che l' agente poteva prevedere come probabile, e conseguenza che poteva prevedere come possibile*. E noi richiamiamo qui le stesse critiche che facemmo (§. 1107) sulla elasticità od inafferrabilità di codesta distinzione. Solo a questo luogo vogliamo notare che nel primitivo progetto del prof. Mori cotesta distinziooe si era formulata con termini più proouoziati: esprimendola da un lato con la formula *conseguenza più o meno probabile*, e dall' altro lato con la formula — *conseguenza possibile, ma improbabile*: vedasi il progetto agli art. 346, e 347. Ma le variate condiziooi politiche della Toscaoa resero impossibile la sanzione di codesto progetto, e lo fecero rinviare ad una commissione dalla quale non ne uscì certameote variato in meglio. Io non dico che la distinzione della quale ragiono oon fosse elastica aoche nel progetto primitivo: parioi però che lo fosse alquaoto meoo, ed ho voluto notare questa particolarità come documento storico, per mostrare che i codici penali noo sempre guadagnano nel passare per molte mani.

CAPITOLO VII.

Segue lesione personale.

Specialità del grado *in questo reato.*

§. 1468.

Dopo lo sviluppo che abbiamo dato alla dottrina del *grado* nella sua applicazione al titolo di omicidio (§. 1272 e segg.) basta un semplice richiamo perchè se ne comprenda l' applicazione alla materia della lesione personale, e pochissime osservazioni

sono da aggiungere. Per ciò che attiene all' impeto di sdegno e di giusto dolore corre perfettissima analogia, e solo è da notarsi che la scusa della provocazione e del giusto dolore dovrà con maggiore facilità ammettersi anche per cagione più lieve quando l' agente non si spinse fino all' eccidio di chi lo aveva offeso ma nell' agitazione dell' animo suo fermò la reazione ad un nocumento minore. Non mancano eziandio monumenti giurisprudenziali che in proposito di *lesioni leggiere* abbiano portato l' effetto della provocazione fino al punto del completo esoneramento da ogni penale responsabilità. In questo senso si pronunziò talvolta l' antica pratica toscana, e si pronunzia qualche codice contemporaneo (1).

(1) È esplicito in questo senso il §. 188 del codice Prussiano. Quando le lesioni leggiere sono state fra i contendenti ricambiate istantaneamente il giudice è autorizzato *à ne prononcer aucune peine*. Nel calcolo della degradazione che il delitto presenta nella sua forza morale soggettiva per un giusto movimento di affetto, il codice Prussiano è larghissimo. In sostanza il concetto giuridico che predomina in questo sistema parmi quello della *compensazione*. Intorno a questa è a vedersi Le Sellyer *de la criminalité vol.* 1, §. 167, *et* 168, ove la contempla ai fini civili dell' indennità. In quanto all' errore di persoua è a vedersi Blanche *quatrième etude n.* 565.

§. 1469.

Anche la scusa del giusto dolore, che come vedemmo (§. 1326) non ha più oggigiorno il valore di scriminare affatto la uccisione dell' adultero sorpreso in flagrante, diviene una completa dirimente

quando il marito si limiti ad arrecare semplici lesioni. Nelle osservanze giudiciali toscane questa massima (1) procedeva senza difficoltà. E sebbene il codice Toscano non abbia in proposito disposizioni speciali, la prudenza dei magistrati può bene fare ossequio alla vecchia dottrina, ricorrendo al generale rimedio che le appresta l'art. 34. Ognuno comprende che simile tolleranza non è una rilassatezza pregiudicevole, ma un giusto omaggio alla moderazione di un marito che in presenza di tanto vitupero si limiti a sole percosse.

(1) In questo senso furono espliciti i tre giudicati del 3 decembre 1833, del 28 maggio 1828, e del 19 maggio 1835 riportati da Cerretelli alla parola *ferimento nn.* 34, 2, 57. Nel secondo dei quali è notabile che il ferimento era grave, e nel terzo aveva il marito fatto uso di sciabola per ferire. Malgrado ciò fu detto che il marito oltraggiato aveva usato moderazione nel giusto dolore, e fu dichiarato non esser luogo a procedere.

§. 1470.

Lo stesso deve dirsi in proposito dell' impeto di paura, e dell' eccesso di difesa. Ed anzi quando si tratti di lesioni leggiere bisogna dire che l' eccesso di difesa è un concetto intrinsecamente assurdo e contraddittorio. Infatti se non vi fu nell' agente l' intendimento della propria difesa, cotesta nozione non è più oggidì concepibile, poichè si è nettamente distinta (come altrove notammo) la figura della provocazione da quella dell' eccesso di difesa. Posto dunque nell' agente l' intendimento di provvedere alla propria difesa, e dovendo la criminosità del suo atto soltanto trovarsi in un *eccesso,* egli è repu-

gnante che si rimproveri di eccesso colui che fece il meno possibile di danno al proprio aggressore limitandosi a sole lesioni leggiere (1). Laonde il codice Toscano benchè non volesse imitare quello di Prussia del 1851, che esclude ogn' imputabilità dell' eccesso di difesa quando anche sia stato causa di omicidio, dovette però molto saggiamente cancellare ogn' imputabilità dalla ipotesi di un eccesso di difesa nella lesione leggiera, che avrebbe costituito una formula inconcepibile (2).

(1) Molte interessantissime regole pratiche ad escludere lo eccesso di difesa si trovano raccolte dal Sanfelice *decisiones Neapolitanae lib. 3, decis. 410.*

(2) È singolare lo esempio che adduce lo Schaper *(in Holtzendorff's Handbuch part. 6, pag. 142, Berlino 1871, vol. 2)* per mostrare che una lesione personale può essere completamente giustificata in ragione del moderame della incolpata difesa anche quando proceda dalla sola necessità di salvare l' onore. Egli configura uno schiaffo ammenato sulla bocca del maledico per farlo rimanere a mezzo del discorso ingiurioso che egli stava proferendo: e trova qui le condizioni della piena giustificazione desunta dalla necessaria difesa.

§. 1471.

Finalmente nel caso della lesione arrecata in una rissa (1) di più persone senza che possa conoscersi da qual mano la lesione stessa, o le più lesioni provennero, si riproducono le regole dell' antica pratica che già esponemmo in proposito dell' omicidio al relativo luogo: e quelle regole, salvo poche modificazioni, si rispettano anche nel presente titolo dal codice Toscano (art. 335) e da altri statuti penali

contemporanei. Perciò quando siano ignoti gli autori delle singole lesioni, e così non possa portarsi la relativa imputazione a carico del respettivo autore, in cotesta incertezza si applica la pena straordinaria del carcere da un mese a due anni (art. 335 lettera *c)* contro tutti coloro che risultino autori di una *qualche ferita*, ma non si sappia di *quale*. Che se ancor questo s' ignori, allora tutti quelli che attivamente parteciparono alla rissa (2) ed è provato che *posero le mani addosso all' offeso* sono puniti con la carcere fino a due mesi (art. 335 lettera *d)* se il risultato non fu che di lesioni leggiere; e da uno a sei mesi, se ebbero luogo lesioni gravissime o gravi. E qui ripeterò la osservazione che quando la legge punisce di carcere per virtù di cotesta incertezza il solo fatto di *porre le mani addosso all' offeso*, deve bene intendersi che ciò si eseguisse con animo ostile; e non per solo fine di dividere i corrissanti, o di frenare qualcuno di loro. Sarebbe assurdo pensare altrimenti quando la legge non desse nella sua lettera alcuno appiglio per distinguere la buona dalla prava intenzione. Ma l' articolo di che parliamo non dà soltanto un appiglio nella sua lettera: esso contiene relativo precetto che a ciò conduce, come altrove (§. 1307) in proposito di altro analogo articolo fu già osservato. Quando la legge minaccia la penalità contro il fatto di aver posto le mani addosso (3) dirige la sua sanzione avverso coloro che *preser parte alla rissa*. L' aver preso parte alla rissa è dunque il *precedente* che la legge richiede; è la condizione da lei imposta, e dalla quale non si può preterire. Ora colui che si getta fra i corrissanti per dividerli, per frenarne le

ire, o per tirarne fuori qualcuno, non può dirsi davvero che *prenda parte* alla rissa.

(1) Ripeto a questo luogo l' avvertenza che il vocabolo *rissa* vuol esser preso in senso diverso, quando si cerca di desumere dal fatto della *rissa* una scusa; ed in senso diverso quando si cerca se dalla rissa nascendo la incertezza sull' autore della lesione, debba procedersi a pena straordinaria. Al primo fine, e nel primo senso sta benissimo (come altrove notai) che a costituire la rissa si esiga la *reciprocazione* delle offese; ed io convengo col Niccolini (*questioni di diritto, parte* 1, *cap.* 20, §. 17; *e parte* 3, *cap.* 22) che non è rissa là dove alcuni percuotono ed altri non fa che ricevere le percosse. Ma al secondo fine la parola *rissa* bisogna prenderla in un senso improprio, e ravvisarla anche là dove parecchi percuotono altri, sebbene questi non reagiscano: e la ragione si è che a questo secondo fine la efficienza giuridica della rissa non sta nello esser causa di eccitamento *scusabile*, ma nell' essere causa d' *incertezza* sul vero autore di una o di altra ferita. Ora tale incertezza non deriva già dal reagire delle persone percosse; ma dalla pluralità dei percussori, e dalla mancanza di specifica verificazione dei singoli fatti loro. Sicchè quando i più percussori agiscano per un *concerto* che li renda solidalmente responsabili delle azioni e risultamenti respettivi, potrà bene dirsi che non vi fu rissa ma aggressione: e così negare la scusa, per la negazione della rissa; e negare la efficienza della incerteza dell' autore, per la presenza del concerto. Ma il concerto non è già dipendente dal reagire, o non reagire degli aggrediti. Può esistere concerto anche dove gli aggrediti resistano, e lottino con ogni forza loro: e può non esistere concerto costitutivo di complicità nel fatto di parecchi che contemporaneamente mossi da subitaneo sdegno si lancino contro le persone invise, sebbene queste non reagiscano. Nella quale ipotesi rimanendo sconosciuto fra costoro l' autore della lesione inferita ad uno degli aggrediti, e non

potendo costruirsi la prova di un concerto costituente complicità, ne avverrebbe che tutti dovessero assolversi se si stasse al rigoroso significato della parola *rissa:* ed ecco la necessità d'impropriare questa parola per applicare la legge *item Mela;* e dare una punizione. Nel caso di *Donato Lombardi* ove l'11 agosto 1834 il Niccolini spiegò le conclusioni sopra citate, era un proprietario che aveva scagliato un sasso nel capo di un pastore perchè le pecore di questo avevano invaso il suo campo. E così lo aveva ucciso. Si disse non concorrere la scusa della *rissa:* e si disse benissimo. Ma se nel tempo che il proprietario dal suo campo scagliava quel sasso, un altro proprietario parimente irritato per la invasione delle pecore avesse anch' egli scagliato altro sasso; e non si fosse potuto accertare qual dei due sassi avesse arrecato il colpo mortale; la negazione della rissa a quali conseguenze avrebbe portato in faccia al nostro articolo 335? Evidentemente all' assoluzione di entrambo. Bisogna dunque prendere la parola rissa di quell' articolo in un senso improprio. La cosa mi pare evidente, e la dimostro per assurdo. Se infatti nella ipotesi da me posta il pastore reagisce contro i rimproveri dei due proprietarii, o scaglia il primo contro loro dei sassi, questi rispondono con colpi di sasso, onde nasce il grave ferimento, qui non vi è dubbio: abbiamo i termini propri della rissa: è indubitata l'applicazione della penalità prescritta dall' articolo 335. Ma se invece il pastore non avendo agito nè reagito contro i proprietari, si persistesse a negare la rissa per negare l' applicazione dell' articolo 335, saremmo all' assurdo che nella ipotesi dov' è reità minore vi sarebbe pena: e pena non vi sarebbe dove ricorrerebbe reità maggiore. In tutte le disposizioni che provvedono al caso della incertezza bisogna dunque prendere la parola rissa nel senso improprio. La necessità di questa conclusione è tanto positiva che il codice Prussiano credette opportuno di prevederla letteralmente. Fra le varie riforme che la legge del 14 aprile 1856 portò sul primitivo testo del codice Prussiano del 1851, fuvvi pu-

re la disposizione del nuovo §. 195 relativa appunto al caso di ferite prodotte in un tumulto di più persone delle quali sia rimasto ignoto l'autore. Or bene: questo §. 195 prevede in lettera il caso della *rissa impropria*, o aggressione senza resistenza: e dispone che la incertezza dell'autore operi in entrambo i casi l'effetto giuridico della pena straordinaria, purchè (già s' intende) non possa nell'aggressione stabilirsi la prova di una complicità diretta alla morte, o alla lesione gravissima. Ecco le parole della legge prussiana, quali le trovo nella traduzione fattane dall' illustre professore Nypels — *Lorsque, dans une* RIXE, *ou dans une* ATTAQUE *exécutée par plusieurs . . . . chaque individu qui aura pris part à la* RIXE *ou à l'* ATTAQUE *sera puni . . . . de trois mois d' emprisonnement.* Il codice Prussiano sembra a questo luogo punire i corrissatori col carcere per il solo fatto del corrissare ancorchè sia conosciuto l'autore della lesione *grave* o *considerevole*. Ma questa non è la questione presente. La questione presente è se la pena straordinaria del rissare debba applicarsi anche alla *rissa impropria*, cioè senza reazione. Ed io sostengo che si: e la parificazione dei due casi è tanto fondata in ragione che ha ottenuto sanzione da uno dei più analitici fra i legislatori moderni.

(2) Il caso del ferimento operato in una rissa in cui parecchi intervennero senza che sia nota la mano che ferì, venne nella Costituzione Carolina letteralmente previsto all' art. 148 §. finale; ove si decretò dovere i giudici consultare i giureperiti per la determinazione della pena. Analogo provvedimento dettava la legge Frisica *(lib. 2, tit. 13, in princ.)* che imponeva in cotesto caso la pena di una multa. Su ciò elevossi la disputa se dovesse pagarsi una multa per ogni singolo corrissante, ovvero se dovesse imporsi una multa sola a cui fossero tutti i corrissanti solidalmente tenuti; e per un giudicato del 15 luglio 1624 prevalse questa ultima opinione, come ricorda il Sande *decisiones frisicae, lib. 5, tit. 9, def. 5.*

(3) Più esatta assai che non è la formula *porre le mani addosso* adoperata dal codice Toscano che la tolse ad imprestito dal §. 240 n. 2 del codice Badese, parmi sia l' altra prescelta dal progetto portoghese (art. 190) *che abbiano praticato contro l' offeso alcun atto ostile:* come pure quella usata dal codice Spagnolo (art. 334) *abbiano esercitato violenza:* e quella ancora adoperata dal codice Austriaco (§. 157) *portare le mani contro.* Nella frase *portar contro* sta bene implicita la idea di ostilità; la quale non si esaurisce altrettanto con la formula *porre addosso le mani,* con cui si esprime un atto che può essere una benedizione, una carezza, un servigio, e tutt' altro in una parola che una offesa od un oltraggio. Gli effetti pratici di certi piccoli nienti nelle locuzioni legislative sono incalcolabili.

§. 1472.

Prevede finalmente il codice Toscano anche l' ultimo caso in cui neppure si conosca con precisione chi *pose le mani addosso al ferito:* ed in quest' ultimo caso commina la carcere fino a quindici giorni contro tutti i *corrissatori* che erano *provveduti di stromenti atti ad offendere,* o che *animarono altri ad offendere.* Sulla quale disposizione io debbo ricordare in proposito della frase *provveduti* di arme che si è prescelta dal codice Toscano, come la medesima sia infelicissima È *provveduto* di un' arme anche chi la tiene in tasca. Ma se si dimostra che un corrissante aveva nelle sue tasche uno stile od una pistola, e nel tempo stesso può giustificarsi pienamente che a quell' arme non pose mai mano, quantunque a rigor di termini debba dirsi *provveduto* della pistola o dello stile, manca a mio parere la ragione della legge per parificare la sua posi-

zione con quella dell' uomo che fu veduto atteggiarsi a ferire brandendo l' arma durante la mischia. Anzi a giusto dire lo aver costui avuto l' arme presso di sè, e non avervi posto mano, offre della mitezza dei suoi pensieri una guarentigia che offrire non possono gli altri corrissanti ai quali l' arma mancava. Questi poterono essere informati dalle più truci intenzioni, e non averle attuate per mancanza di un' arma, e deplorare durante la mischia di non averla: mentre colui che avendo l' arma in tasca non vi diede di piglio, quantunque nella rissa fosse veduto mischiarsi, mostrò le intenzioni più miti e l' animo deciso di non ferire. Costui a parer mio quando anche si dimostrasse *aver posto le mani addosso* all' offeso, meriterebbe di non esser tenuto responsabile delle ferite cagionate dagli altri corrissanti sconosciuti. Ma se il giudice è tenace alla lettera della legge più che allo spirito della medesima lo dichiarerà *provveduto* di un' arma, e il suo giudizio lo adeguerà nella pena a coloro che furono visti brandire il coltello; e il suo giudizio sarà incensurabile. La mente del legislatore nel dettare questa clausula *provvisto di un' arma*, è stata evidentemente quella o di esprimere che l' arma sia stata veduta in mano del giudicabile durante la rissa; o tutto al più di prevedere il caso che non possa accertarsi se il possessore dell' arma diede o no di piglio alla medesima; e così stabilire una mera presunzione di sospetto. Ma cotesta non può essere una presunzione *juris et de jure*, perchè in criminale non ve ne hanno di tali in odio degli accusati; e perciò deve cedere alla prova manifesta che il giudicabile assuma di non aver posto mano

a quell' arma. Risorge in questa ipotesi la regola di cui si hanno vestigia nell' antica giurisprudenza; per la quale anche il corrissante talora si esentò dalla pena straordinaria del ferimento o della uccisione, quando fu così fortunato da poter chiarire la impossibilità che egli fosse stato l' autore del ferimento o della uccisione. Se si voleva nel dettare questa ultima parte dell' art. 335 punire con quella mitissima pena il mero fatto del *corrissare*, il pensiero del legislatore poteva trovare appoggio di sufficienti ragioni (1): ma seguitando siffatto pensiero il legislatore doveva imporre la punizione del carcere fino a quindici giorni a tutti i *corrissatori* senz' altro aggiungere. Il legislatore toscano peraltro non la intese così. Per lui vi sono dei corrissatori che devono andare impuniti, e vi sono dei corrissatori che devono essere puniti. Uno che abbia corrissato senza che risulti autore di nessuna ferita, senza che risulti che abbia posto le mani addosso all' offeso, senza che risulti avere animato altri ad offendere, deve per regola andare impunito, a meno che (ecco la eccezione) non si dimostri che era *provveduto* di stromento atto ad offendere. Ma se egli giustifica che lo stromento non tolse mai dalla tasca propria, su qual fatto si radica la punizione inflitta contro di lui? Non sul fatto del *corrissare*, perchè abbiamo veduto cotesto fatto isolato non volersi dalla legge punito. Non sulla *delazione*, perchè l' articolo usando la parola *strumento* non presuppone nel medesimo il carattere di *vietato*. La punizione si radica dunque unicamente sul fatto innocentissimo di avere in tasca uno strumento, e di non averci dato di piglio. Se la legge invece di

usare la formula *erano provveduti*, avesse adoperato la formula *furono visti con arme*, od altra simile, avrebbe evitato simile sconcio. Ciò che non fece la legge dovrebbe farlo nel caso emergente il senno dei magistrati.

(1) I legislatori contemporanei si dividono in due schiere sulla ipotesi del ferimento avvenuto in rissa senza che se ne conosca l' autore. Alcuni come il codice Francese, di Neuchatel, e di Parma, nulla disponendo in proposito lasciano il caso sotto l' influsso della *leg. si in rixa* 17, *ff. ad leg. Corn. de sicariis*, che ferma la regola *ictus uniuscujusque contemplari oportet*. Altri ricorrono alla pena straordinaria e così portano la soluzione del caso sotto l' influsso della *leg. item Mela*, §. *sed si plures*, *ff. ad leg. Aquil.* E fra questi ultimi figurano oltre il codice Toscano; il codice Badese (§. 240, n. 2), il codice dei Grigioni (art. 99, e 125, n. 3), il codice di Friburgo (art. 172), il quale peraltro vuolsi notare che scende alla pena straordinaria nel caso di omicidio, ma mantiene la pena ordinaria contro tutti i corrissanti in caso di lesioni: il progetto portoghese (art. 190), e il codice Spagnolo (art. 334, 347). Tra questi due opposti sistemi ne sorge un terzo il quale per ciò che riguarda la imputazione dell' omicidio e della lesione grave obbedisce al dettato della *l. si in rixa* non obiettandolo ad alcuno: ma punisce tutti i corrissatori per il solo fatto della rissa indistintamente, quando dalla medesima si ebbe un risultamento di danno notevole; senza cercare se l' autore di cotesto danno (omicidio o lesione grave) fu o no discoperto. Su questa linea procedono il codice Vodese (art. 243) ed il codice Prussiano (§. 195). Cotesto terzo metodo apparisce più ragionevole sotto duplice considerazione — 1.° che la colpa del rissaro è la stessa, tanto se l' autore del fatto più grave derivato dalla rissa abbiasi potuto conoscere, quanto se no — 2.° che punendo i corrissatori solo quando l' au-

tore del più grave danneggiamento rimanga incognito, vengono costoro a patire la pena non tanto del fatto proprio quanto della inerzia od impotenza della polizia giudiciaria, che non seppe discoprire il colpevole. Una pena subordinata alle operazioni più o meno fortunate del giudice pare un anacronismo nella scienza moderna. Altrove ricordai come una esorbitanza da segnalarsi, la dottrina del Berlichio; il quale disse buona ed aurea l' antica pratica sassone di punire di morte tutti i partecipi della rissa dove avvenne omicidio per mano di autore non discoperto, perchè con ciò si inducevano i corrissanti a palesare alla giustizia l' autore del colpo letale. Ma cotesta idea, monumento di barbari tempi, non può neppur essa invocarsi a giustificazione del secondo sistema: perchè quantunque la mitezza della pena straordinaria umanizzi la veduta politica del Berlichio, sarebbe sempre una tortura indiretta minacciare una pena (sia pur mite) per indurre alcuno a farsi delatore di una delinquenza. Laonde la pena straordinaria subordinata al caso del mancato discoprimento, bisogna considerarla non come riparazione del danno derivato dal colpo letale, ma come riparazione del detrimento che pate la giustizia per la mancata scoperta.

CAPITOLO VIII.

Segue lesione personale.

Sua penalità.

§. 1473.

Quantunque alcune legislazioni antiche non esitassero (1) ad irrogare la pena di morte anche

contro le lesioni accompagnate da certi caratteri di gravità, come (a modo di esempio) contro la castrazione; cotesto rigore, che oltre ad essere contrario alla umanità ed alla giustizia distributiva era ancora impolitico, è oggidì generalmente abbandonato dalle legislazioni dei popoli culti. E dissi impolitico cotesto rigore come è generalmente impolitico qualunque sistema che nella penalità uguagli la lesione all' omicidio, per la ragione facilmente compresa della inconvenienza pericolosa di punire alla pari quei due malefizi. Al nemico che agogna sfogare l' odio suo contro di me, bisogna che la legge ponga innanzi nella minaccia della repressione una perpetua differenziale calcolata sul maggior danno che egli mi arreca; affinchè egli trovi nella diversa penalità una ragione di astenersi dall' uccidere e contentarsi di ferire, come di astenersi dal ferire gravemente e contentarsi di ferire leggermente. Il draconismo nelle penalità non solo viola il sommo principio di giustizia che vuole si proporzioni la imputazione e la pena alla diversa quantità del delitto, ma è inoltre improvvido e pernicioso perchè spinge i male inclinati alle delinquenze più atroci.

(1) I nostri padri quanto erano feroci nella punizione dei gravi delitti, altrettanto erano larghi nei piccoli. È comune insegnamento degli antichi che per una ferita leggera *(vulnusculum)* non debba procedersi criminalmente. Così dopo Baldo, Alberico, Imola, Cipolla ed altri, ci insegna il Tiraquello nel trattato *de judicio in reb. exig. n.* 20, 21 — Puteo *de syndacatu, vers. syndicus, n.* 2 — Curtius *de sequestris, quaest.* 6, *n.* 39 — Corseto *de minimis, pars* 1, *n.* 23 — Gabriello *cons.* 177, *n.* 6 —

Boerio *dec.* 323 *in princ.* — Tuschio *vol.* 8, *concl.* 378, *n.* 6 — Zacchia *quaest.* 2, *n.* 18 — Barbosa *de appell. verb. appell.* 278, *n.* 1 — Cavalcano *de brachio regio, pars* 4, *n.* 151 *et* 152 — Raynaldo *sintag. rer. crim. cap.* 8, §. 1, *n.* 51 *et seqq. et cap.* 10, §. 1, 2, *n.* 45. Ma anche una volta voglio notare il modo singolare con cui ragionavano i pratici nelle materie penali. L'argomento su cui si adagia la teorica della impunibilità dei vulnusculi fu desunta dai testi che negano la redibitoria per i piccoli vizi *l.* 1 §. *sed sciendum, ff. de aedil. edict.* Il codice Bavaro del 1861 considera come semplici trasgressioni le ferite che non hanno cagionato malattia superiore ai cinque giorni. Inoltre nella vecchia pratica si ammetteva con facilità per le percosse leggerissime la scusa desunta dall' *animus corrigendi* quando essa partiva da un superiore verso l' inferiore: Gail *observat.* 106, *n.* 6 — Hunnius *ad Treutlerum disput. XXX, thes.* 4, *quaest.* 35. E questa scusa avendo radice nella somma ragione della *mancanza di dolo* io crederei che potesse ammettersi anche in faccia alle leggi moderne purchè assistita da quattro condizioni — 1.° autorità — 2.° lesione senza traccia — 3.° non abitualità — 4.° giusta causa di correggere.

§. 1474.

Saviamente perciò i codici contemporanei si limitano in generale a minacciare contro la lesione personale, per quanto gravissima e premeditata, dei castighi tolti dalla serie delle pene *restrittive;* graduandoli (o nella durata o nella intensità) sulla ragione composta dei due criterii della quantità naturale, e della quantità politica del maleficio. Non sarebbero opportune alla repressione di questo reato le pene semplicemente pecuniarie, le quali porrebbero il cittadino alla balia dei capricci di un ricco

dominato da passioni violente. La pena pecuniaria contro la lesione personale potrebbe essere peraltro di politica utilità (1) quando si congiungesse con la pena restrittiva di corpo.

(1) Poichè a questo luogo ho accennato la mia opinione sulla convenienza di congiungere la pena *pecuniaria* all' *afflittiva* nei delitti di lesione, specialmente meno grave, mi pare acconcio ritornare un momento sopra alcuni obietti che sonosi fatti a cotesta penalità.

1.° Si disse *aberrante* perchè colpiva la innocente famiglia. A quest' obietto rispose il codice Austriaco col §. 260 let. *a*, ordinando che quando la pena pecuniaria si conoscesse dai giudici essere causa della miseria della famiglia dovessero commutarla nella pena afflittiva di corpo. Ma guardato l' obietto intrinsecamente è desso veramente solido o piuttosto prestigioso? Si deve riflettere che se un artigiano marito di donna inferma e padre di teneri figli si condanni a parecchi mesi di prigionia, quegl' infelici corrono rischio di languire per mancanza di pane, assai peggio che se il colpevole fosse stato condannato a cento lire di multa. E appo ciò si comprenderà facilmente che il riguardo alla famiglia si prende a considerare nella pena pecuniaria per una corta veduta, la quale non discerne il peggio che sotto questo punto di vista consegue alla pena corporale.

2.° A questa seconda obiezione rispose pure il codice Austriaco col §. 260 lett. *b*, ordinando che quando la carcerazione prolungata del colpevole avesse portato agli stenti la famiglia innocente, dovesse ancor quella abbreviarsi, compensandone la più breve durata con la più grave intensità (per esempio il digiuno) in guisa che il reo patisse quanto dovea patire e la famiglia patisse il meno che si potea farla patire: e questo è lodevole provvedimento. Ma intendasi sanamente questa osservazione. Tali riguardi e tali moderazioni non possono trovar luogo che nei lievi delitti. Nelle gravi

delinquenze ogni riguardo alla famiglia privata si sommerge nei bisogni della grande famiglia sociale che deve essere ad ogni costo protetta.

3.° Si obiettò che non potendo il povero soddisfare la pena pecuniaria era necessità fargliela scontare col carcere: e così si puniva disugualmente i cittadini secondo lo stato delle loro finanze. A questo obietto rispose il Frank (*philosophie du droit pénal pag.* 217) consigliando si disponesse per legge doversi permettere al povero, quando sia dannato di multa, di scontare la pena pecuniaria offerendo l'equivalente in altrettante giornate lavorative a pro del Comune. E tale pensiero del sommo filosofo fu grandemente elogiato. E alla Commissione pel nuovo codice penale Italiano usai ogni sforzo perchè fosse adottato, come lo fu nella seduta del 24 marzo 1866. Ma nella successiva seduta del 18 decembre 1867 (alla quale non potei intervenire) fu riformato l'articolo. Così risulta dalla pubblicazione ufficiale intitolata *Il progetto del codice penale pel Regno d' Italia vol.* 1, *pag.* 123, *e* 322.

4.° Ma di nuovo si obiettò che il rimedío era apparente poichè tanto era per la famiglia che il suo capo costretto in carcere non lavorasse, quanto che lavorasse senza mercede a pro del Comune. E a questo obietto mi sembra facile rispondere che la legge dovrebbe dare ancora balìa al condannato alla multa, di offerire lo sconto della somma che per la sua povertà è impotente a pagare, col lavoro non tutto di un tratto, ma interpolatamente; cosicchè alla famiglia non mancasse la mercede di tutta la settimana, ma di uno o due giorni per settimana.

Insomma a me pare che ai vizi e pericoli della pena pecuniaria possa con una prudente economia della medesima facilmente ripararsi: e che un codice penale possa da cotesto genere di pena cavare un partito maggiore assai di quello non fece il codice Toscano.

§. 1475.

A tal proposito io voglio ricordare un ordinamento che vidi per lunga stagione praticarsi nel cessato Ducato lucchese. Ivi il codice penale Francese, che si mantenne fino al 1848 come legge suprema regolatrice delle punizioni, portava ad applicare congiuntamente (art. 311) ai ferimenti leggieri la pena del carcere e quella della multa. Ma una legge speciale di quella città prescriveva — 1.° che l' uffizio del registro incaricato di esigere le multe non facesse atti contro il condannato finchè non aveva completamente espiata la pena del carcere — 2.° che per il pagamento della multa si facessero col condannato restituito alla libertà composizioni particolari, ponendogli in rate mensili non solo il pagamento delle multe, ma ancora il rimborso delle spese. La prima di quelle disposizioni era giustissima, poichè altrimenti le esecuzioni fiscali sospinte innanzi durante la carcerazione del condannato avrebbero renduto la pena pecuniaria sensibile più che a costui alla innocente famiglia. La seconda disposizione era poi eminentemente politica perchè la pena pecuniaria divisa a frazioni prolunga il sentimento della penalità incorsa ed il rammarico di aver delinquito, anche oltre a quel tempo al quale non potrebbe estendersi senza esorbitanza la penalità corporale, ed oltre a quel tempo in cui la penalità corporale può forse esser venuta in dimenticanza. Una breve carcerazione irrogata per un leggiero ferimento è presto dimenticata dal male inclinato, mentre al contrario una multa repartita

per piccole rate in guisa da costringere il colpevole a continuare per tre o quattro anni nel pagamento mensile anche di tenue somma, prolunga in lui e nella famiglia la rimembranza della pena e ne rende più abituale il timore. In tal guisa mentre da un lato la pena pecuniaria riesce meno rovinosa pei familiari del colpevole, s' ingagliardisce ed è più perenne la efficacia morale.

§. 1476.

E neppure voglio tacere una osservazione da me fatta nella mia lunga pratica; la quale se mostra la dolorosa verità che l' odio di un malvagio non si ammansa nel carcere, può però servire di consiglio ad utili provvedimenti, e mi ha portato spesse volte a meditare meco stesso sulla utilità degli antichi veregildi (1). Io ho trovato parecchie volte i condannati più dolenti del dovere pagare le indennità all' offeso, che non della pena su loro caduta. E benchè io rappresentassi loro esser quello un dovere di coscienza, ebbi il dolore di udirmi impudentemente rispondere che avrebbero amato meglio una pena più severa pur di non dar niente a colui; il qual fatto darà occasione ai pensatori di meditare sulla efficacia delle pene in rapporto a certe forme di passione. Soltanto da questa osservazione io ne trassi argomento di pensare che in quanto alla liquidazione di indennità (2) dovute al ferito sia molto migliore il metodo francese, che le commette immediatamente al tribunale criminale competente a pronunziare la condanna; anzichè il sistema toscano il quale si appaga di imporre al

giudice criminale che pronunzi la pomposa formula *condanna nelle indennità di ragione a favore del ferito*, ed obbliga poi questo misero ad agonizzare per lunga stagione nei laberinti di un giudizio civile per la liquidazione dei danni, o a contentarsi (come spesso vidi) di quel poco che a lui viene offerto, per non immergersi nelle spese di una lite. Cosa manca di cognizione al giudice criminale per determinare il giusto valore del danno prodotto da un maleflzio del quale tutte le singole circostanze sonosi dovute da lui esaminare e ponderare maturamente? Per qual motivo deve stimarsi incompetente al meno quel tribunale che è competente al più, e farsi luogo alla superfetazione di un secondo giudizio? Io non veggo cotesti motivi: solo mi sembra che la immediata pronunzia di una condanna ad indennità in somma determinata riesca più sensibile al condannato, più soddisfacente per l'offeso, e più esemplare pel pubblico, senza detrimento della giustizia.

(1) Facilmente si comprenderebbe quando anche non se ne avesse la prova da irrefragabili monumenti che appo quei popoli pei quali la *composizione* rappresentava l' ordinaria penalità nell' omicidio, dovesse essere lo stesso (ed anzi con ragione maggiore) nel *ferimento*. Fuvvi un periodo nella storia del giure penale nel quale numerose genti ravvisavano come primario scopo del medesimo quello di mantenere la *pace* fra i membri della nazione, della quale si sarebbero indebolite le forze per le discordie e gare intestine. Quindi le autorità di quelle genti non ravvisavano in loro altro diritto tranne quello di costringere le parti a sopire la *faida*, cioè la nimistà privata: quindi il giuramento e la cauzione di pace che dicevasi *Urpheda* o *Urphaida;*

sul quale è a vedersi Meinders *de judiciis centenariis pag.* 151, §. 14: quindi il grande influsso che ebbero queste *paci* negli scorsi tempi come altre volte ho notato. Nello statuto della Vicaria di Val di Lima testè pubblicato dal Prof. Alessandro Carina nel suo libro eruditissimo che ha per titolo *Notizie storiche del contado Lucchese* trovo (*pag.* 123) al *cap.* 7 vietato al comizio comunale di ricever suppliche per delinquenti che non mostrassero avere ottenuto la *pace*.

È a vedersi se le autorità microscopiche dei piccoli comuni imitassero qui lo esempio degli editti dei grandi Sovrani, o se piuttosto questi si inspirassero allo esempio dato loro da quelle. Ciò che a me qui piace notare e richiamarvi le meditazioni dei filosofi si è la gravità del problema che formulo in questi termini: fino a qual punto nel rapporto così della *giustizia* come della *utilità politica* deve tenersi conto della *riconciliazione* nel punire i delitti minori. Questo problema (toccato saltuariamente ad occasione di uno od altro delitto) meriterebbe una contemplazione in senso più generale con richiamo ai principii del diritto pubblico universale, che ne sintetizzasse la soluzione sulla scorta della storia, della filosofia, e della statistica. Nel senso di semplice diminuente lo indennizzo dato alla famiglia offesa può dirsi che generalmente si valutasse dal senno dei vecchi pratici anche nell'omicidio. Vedasi Oldekops *contra Carpzovium dec.* 2, *quaest.* 1.

(2) Trattandosi di ferite leggiere la spesa di due medici non fu ammessa fra i danni refettibili all'offeso, come neppure le spese del *legale* adoperato nella denuncia. Provvedimento utilissimo per frenare le speculazioni di certi Avvocati mercanti; i quali danno ad intendere agli offesi esservi bisogno della grande opera curialesca per fare e sostenere una querela, mentre il dolente od i suoi ricorrendo direttamente all'ufficiale di polizia giudiciaria sarebbe certo di essere accolto; e forse la denunzia perverrebbe alla giustizia più genuina e meno ravvolta nelle romanzesche esagerazioni

di chi fa suo pro del rinfocolare gli odii e magnificare gli elementi del suo futuro lucro, eccitando spesso i dolenti a non essere completamente sinceri. La chiamata poi di parecchi medici io vidi spesso nella mia pratica essere un mezzo di vendetta degli offesi da persone ricche; come è talora in questi casi un mezzo di speculazione per parte dei medici il prolungamento della malattia: Corte Suprema di giustizia in Vienna decisione 3 decembre 1868: *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno* 5, *n*. 10.

§. 1477.

La penalità della lesione deve naturalmente rispondere alla imputazione modificata secondo la quantità ed il grado del reato, o dei reati dei quali il giudicabile risulta colpevole. Ma che dovrà dirsi nel caso in cui il giudicabile sia convinto di più lesioni inferite in diverso tempo alla stessa od a diverse persone? Che dovrà dirsi quando le diverse e successive lesioni raggiungano un risultamento nocivo, che (qualora si contemplasse in un modo complessivo) muterebbe carattere al delitto, convertendo (a modo di esempio) la lesione leggiera in lesione grave? Mi spiego. Tizio ha ferito Cajo nel marzo cagionandogli quindici giorni di malattia: è poi tornato a nuovamente ferirlo nel settembre cagionandogli altri venti giorni di malattia. Sotto il rapporto delle respettive durate ciascuno dei due ferimenti è leggiero. Se non vi è ragione di unificare i due malefizi a causa della unicità della proeresi criminosa, il caso è tutto semplice: si applicano le due penalità dei due ferimenti leggieri sommandoli insieme come prescrive la regola del cumulo. Ma viene invece a conoscersi che quei due

reati si unificavano nella genesi intenzionale; e che per conseguenza costituivano un solo ferimento continuato, perchè lesivi della medesima legge e proceduti da una sola determinazione criminosa. Dovrà allora irrogarsi la pena minacciata ad un solo delitto aumentata dentro i suoi termini legali: e così la lesione leggiera trovandosi colpita dal carcere da otto giorni ad otto mesi (art. 329 lett. *c)* i due ferimenti in questione non potranno incontrare pena che ecceda gli otto mesi, per il benefizio che arreca al colpevole la minorante della continuazione. Ciò è intuitivo: e lo è tanto che sembra perfino non potersi trovare ragione di dubitare. Ma pure la ragione di dubitare sorgerebbe, e gravissima, se prevalesse mai nella giurisprudenza la opinione di alcuni i quali sono venuti pensando che nei delitti *continuati* si debbano *sommare insieme* gl' importi dei diversi danni per misurare la penalità sulla somma complessiva, quando nella specie criminosa che si prende in esame sia per essere influente sulla pena la quantità del danno immediato, come lo è di regola nel furto e nella lesione. Cotesta opinione della somma dei danni nei delitti continuati si è voluta sostenere da taluno nell' argomento del furto, insegnando che se il reo dichiarasi autore di due furti di lire novanta per ciascheduno, egli deve (ritenuta che sia la continuazione fra i due furti) condannarsi come colpevole di un solo furto del valore di lire centottanta. Quando sarò a parlare del furto, mi farò debito di confutare (§. 2064) cotesta dottrina che io credo erronea. Ma intanto mi è piaciuto accennarla al presente luogo, perchè se tale dottrina fosse vera e buona sarebbe necessità

logica subirne l' applicazione anche nella materia delle lesioni. E poichè la legge dichiara grave il ferimento che cagionò trenta giorni di malattia, chi ferì Cajo nel marzo costringendolo ad infermare per giorni quindici e tornò a ferirlo nel settembre inabilitandolo per giorni venti, dovrebbe dirsi che (unificate le due lesioni in un solo delitto continuato) è responsabile di una lesione che ha cagionato all'offeso una incapacità di trentacinque giorni; e così di una lesione grave: lo che porterebbe a questo che la pena dei due fatti ridotti ad uno sarebbe maggiore di quella che avrebbe colpito i due fatti se rimanevano due. Ma ciò nessuno sognò mai d' insegnare nella lesione, e questo sarà a suo luogo argomento per mostrare che neppure deve dirsi nel furto. Basti per ora aver qui avvertito che la pratica costante e non controversa dei nostri tribunali applica la sola pena della lesione leggiera, non eccedendo gli otto mesi di carcere; nè mai si è sognata di applicare la pena della lesione grave sommando i due periodi di malattia che dalle due lesioni furono cagionati.

CAPITOLO IX.

Delitti coi quali si offende la pudicizia individuale.

§. 1478.

Dal principio fondamentale della ragione di punire già deducemmo la massima, che va divenendo norma di tutte le buone legislazioni criminali, non potersi un peccato punire come reato, tranne quando

si estrinsechi in una lesione del diritto. È peccato bruttissimo la incontinenza, ma i legislatori trascenderebbero i poteri che loro spettano se punissero la incontinenza soltanto perchè incontinenza, senza cercare a tal uopo la risultante di un diritto violato. Perciò dicemmo sopra (§. 1370) non potersi mantenere oggidì nella scienza una classe speciale intitolata ai *delitti di carne,* ma doversi dichiarare delitti quei soli fatti impudici che ledono il diritto di alcuno; e questi doversi classare, giusta il canone stabilito (§. 150) secondo la diversità del diritto violato. Ora la impudicizia può violare il diritto dell' individio sul quale si esercita: quindi la serie presente dei reati contro la *pudicizia individuale,* alla quale non possono riferirsi che i soli titoli di *stupro, violenza carnale,* e *oltraggio violento* al pudore. Tranne questi tre titoli che formano la partizione del presente capitolo, la oggettività giuridica della incontinenza non può cercarsi nei diritti della persona sulla quale si esercita. Bisogna cercarla altrove; e da ciò nasce che mentre in questi tre titoli di reato (trovandosi il diritto leso nella persona stessa su cui la incontinenza si esercita) non è possibile senza contradizione ravvisare nella medesima (in quanto materialmente serve il suo corpo alla essenza di fatto) che un soggetto passivo del maleficio, mai un soggetto attivo o condelinquente: in altri fatti impudici può essere leso il diritto d' individui diversi dal soggetto passivo; in quanto a cotesti individui il matrimonio, che è base della famiglia, attribuisca un diritto che appunto ha per suo oggetto la famiglia. Perciò notammo (§. 1374) che alla classe dei delitti contro l' ordine delle fa-

miglie dovevano far capo l' *adulterio* e la *bigamia* (1), e problematicamente l' *incesto*. Carattere distintivo di questa seconda classe di reati si è quello che il *soggetto passivo* del reato ne sia contemporaneamente *soggetto attivo* e condelinquente: e ciò è vero in tutti i casi tranne quelli nei quali la violenza o vera o presunta faccia sorgere una lesione ancora dei diritti del soggetto passivo: nei quali casi il malefizio assume il carattere di delitto *complesso;* ledendosi con un solo atto (a modo di esempio) nell' *adulterio violento* il diritto individuale della donna subagitata e il diritto di famiglia pertinente al marito.

(1) Questa idea fondamentale determinante il principio della imputabilità politica dei fatti impudici, si è proclamata generalmente da tutti i moderni criminalisti. E da alcuni fra gl' istitutisti contemporanei (per esempio dall' acutissimo Pessina *vol.* 3, *pag.* 56) si è veduto lo svolgimento che il principio stesso doveva ricevere nel riordinamento delle classi. Ma parmi che tale svolgimento non siasi portato alla sua ultima elaborazione. Così alla serie dei reati che ledono la *moralità individuale* (che è quella di cui si ragiona nel presente capitolo) si sono referiti i titoli di *ratto*, e di *lenocinio*. Ed in ciò mi permetto di dissentire.

La ragione del dissenso scaturisce dalla necessità di distinguere nel reato ciò che è *forma accidentale*, da ciò che è sua *condizione essenziale* e *costante*. Quando una data *forma* può concorrere ed anche non concorrere senza che perciò il malefizio cambi di nome e di classe, codesta forma non può esser mai quella che un buon metodo assuma come determinante la nozione del titolo; e così come determinante la classe a cui deve referirsi.

Il *ratto* può essere effettivamente susseguito dall' atto impudico, e può non essere. Nel primo caso sarà violato

nella donna rapita il diritto della *moralità individuale*, e il diritto della *libertà personale*. Se il titolo di ratto avesse per suo necessario contenuto la violazione di ambedue questi diritti, potrebbe essere indifferente che lo si riferisse alla classe del diritto della *moralità individuale*, oppure alla classe del diritto della *libertà personale*: e la questione di collocamento dovrebbe risolversi secondo la nota teorica della prevalenza. Ma non è così. La violazione della pudicizia individuale non è un necessario contenuto del titolo di *ratto*. Suo necessario contenuto non è neppure (come più abbasso dirò) il *fine* di ledere codesta individuale pudicizia. Ma quando pure lo fosse, il fine di ledere un diritto non estrinseca subito la *effettività* della lesione di quel diritto. Può una donzella essere rapita, e la sua moralità rimanere incontaminata. Può anche non essere stata oltraggiata neppure a parole, perchè gli scherani che la involarono le mantennero rispetto, e soltanto usarono violenza contro la di lei libertà; e l' impudico che agognava il possesso di lei non avere avuto con lei contatto nessuno, non esserle ancora neppur conosciuto: e malgrado ciò il ratto sarà *delitto perfetto* come delitto di *ratto*. Come può dunque il delitto di ratto referirsi alla classe dei reati che violano la *moralità individuale*, quando questo malefizio può essere consumato senza che la moralità individuale sia stata menomamente lesa? Il fine è circostanza da valutarsi per aumentare la quantità politica del malefizio anche quando non sia conseguito. Ma quando concorrono due diritti *particolari*, dei quali l' uno si lede come mezzo, e l' altro come fine, non vi è che il caso di un' assoluta o costante prevalenza del fine sul mezzo che possa autorizzare a determinare la classe con rispetto al fine anzichè con rispetto al mezzo. Questo non mi pare che risulti dal confronto fra l' attacco alla *moralità individuale* semplicemente *tentato*, e l' attacco alla *libertà personale* completamente *consumato*. Il ratto nel suo rapporto con la moralità individuale non è che un attentato remotissimo finchè gli atti speciali di esecuzione del

secondo malefizio non sono incominciati. E perciò mantengo il ratto nella classe dei delitti contro la libertà personale. Che se nel *fine* stesse la lesione di un diritto *universale*, e nel *mezzo* la lesione di un diritto *particolare*, agirei diversamente. Ove poi il fine sia raggiunto e la pudicizia della donna effettivamente contaminata, allora il ratto assumerà alla sua volta le condizioni di una forma accidentale nel titolo di *violenza carnale;* perchè la violenza tanto può esercitarsi col mezzo del rapimento, quanto con altro mezzo. Il titolo di violenza carnale potrà considerarsi come aumentato nella sua quantità naturale, la quale ricevo incremento in ragione della maggiore energia della violenza inferita; ma il titolo sarà sempre determinato dall' attacco alla pudicizia individuale, perchè sarà esaurito tutto quanto tiene alla essenza di fatto di questo ordine di malefizi.

Una ultima osservazione parmi conduca alla evidenza il mio pensiero. Il codice penale Toscano (art. 284) rispondendo in questo allo insegnamento della scienza universalmente sanzionato da tutte le moderne legislazioni, ravvisa il reato di *ratto* nell' abduzione commessa tanto *per fine di libidine*, quanto *per fine di matrimonio*. Dopo ciò non sembrava possibile che si persistesse a voler classare il *ratto* nella serie dei delitti contro il pudore individuale: poichè se il *ratto* è ratto anche dove non concorre il fine di libidine ma soltanto il fine del matrimonio, non può disconoscersi la possibilità che per cotesto secondo fine si rapisca una donna niente appetita, e forse neppure conosciuta, al solo scopo di costringerla alle nozze per acquistarne le desiderate ricchezze. Ed allora o bisogna formarsi del matrimonio la più sconcia idea; o bisogna concordare che il *ratto* può esistere come delitto completo nella sua specie senza nessun oltraggio alla pudicizia. A ciò si volle rispondere che nel ratto l' oltraggio al pudore se non è essenziale è peraltro *possibile*. Ed io replico che una circostanza la quale entra in un malefizio come *mera possibilità* non può essere abile mai a determinare la classe. Ciò che è di essenza al

ratto è la violazione della libertà personale; la quale si offende primariamente e *per necesse* con lo abdurre la donna renitente; e si offende poi secondariamente intendendo costringere cotesta donna col mezzo del ratto ad inviso matrimonio. Ma non potrò mai persuadermi che chi mena via la donzella per presentarla all' altare e farla sua sposa, debba dirsi autore di un reato *contro la di lei pudicizia.*

Più sensibili sono le ragioni del mio dissentire in ordine al *lenocinio*. Il *lenocinio* (conforme dimostrerò) può esistere completo anche quando siavi il pieno e libero consenso delle parti che esercitano la incontinenza: se la nozione del *lenocinio* si stringesse nei termini nei quali in alcune legislazioni si intende il titolo di *corruzione di minori*, sarebbe esattissimo collocare questo reato nella classe dei delitti contro la *moralità individuale*, perchè la essenza di fatto del malefizio sarebbe nella *corruzione* del minore, e così la sua oggettività si troverebbe nel diritto del minore che venne leso, e la cui lesione non cessa per l' apparente consenso di lui stante la sua incapacità a consentire. Ma noi (come mostrerò, a Dio piacendo, nel seguito del mio lavoro) contempliamo il lenocinio sotto un più largo punto di vista. È *lenocinio* come delitto di per sè stante il fatto della manutengola che procaccia il congiungimento della prostituta col libertino: è *lenocinio* l' atto del marito che facilita gli accoppiamenti della moglie col drudo. Tale essendo per noi la nozione del *lenocinio*, egli è evidente che il medesimo esiste come delitto perfetto nella sua specie, benchè nessuna *moralità individuale* sia stata attaccata o corrotta. Esiste dunque come reato che ha la sua *oggettività costante* in un diritto *universale*, nel diritto che hanno tutti i consociati alla conservazione della pubblica morale. Procedendo diversamente, il *lenocinio* dovrebbe comparirci innanzi per quattro volte. La prima quando si estrinsecasse in un aiuto prestato allo stupratore violento; e qui il lenocinio scomparisce nella forma più grave di partecipazione alla violenza carnale: ma il lenocinio può esistere anche dove violenza non fu. La secon-

da volta ci comparirebbe innanzi nel fatto di chi aiutò il rapitore della donzella; ma qui di nuovo scomparisce nell' addebito di partecipazione al ratto: e il *lenocinio* esiste anche dove non fu nè violenza nè ratto. Una terza volta ci comparirebbe innanzi nel fatto dello estraneo, o del marito che coadiuvò l' adulterio; e qui rapporto al terzo scomparirà nell' addebito di partecipazione all' adulterio; e rapporto al marito non potendo figurare sotto questo titolo, perchè turpemente egli consentì alla lesione del proprio diritto, rimarrà nella forma semplice che ha la sua oggettività nel diritto universale: ma il *lenocinio* può essere anche dove non è nè violenza, nè ratto, nè adulterio. Dunque il *lenocinio* deve avere la sede sua propria nella quarta configurazione, la quale è *costante*, e sorge dalla contradizione tra il fatto, e il diritto universale. Collocando colà il *lenocinio* come in sede a lui attribuita dai suoi caratteri essenziali e costanti, le forme accidentali potranno aggravarlo, a quando per tali forme ne sorga una misura più grave di penalità speciale, dovrà (come sopra si è detto) attribuirsi sempre un titolo solo all' unico fatto, seguendo in tutto la teorica della *prevalenza* ed il calcolo dei delitti *complessi*. Altro è per noi che una circostanza debba influire sulla penalità di un maleficio, altro è che debba assumersi come criterio essenziale determinatore della sua classe. Queste cose ho voluto in parte ripetere ed in parte aggiungere per dare ragione del mio metodo. Mi piace pure a questo luogo di ricordare l' avvertenza che la determinazione della classe nei singoli malefizi non è soltanto questione di tecnologia o di metodo didattico. Tali questioni refluiscono sulle deduzioni logiche, che essendo comandate dal collocamento del titolo, riescono vitali nelle soluzioni dei più interessanti problemi. Eccovi un ulteriore esempio di questa verità. Il legislatore che accetti di collocare il *lenocinio* nella classe dei delitti contro la *moralità individuale*, se non vuole essere illogico bisogna che accetti pure le conseguenze di tale collocamento: delle quali la prima si è che ogni qualvolta la moralità individuale non sia nè attac-

cata nè lesa, il *lenocinio* rimarrà un fatto senza oggettività giuridica e non sarà politicamente imputabile. Così il lenone che facilità i congressi fra la prostituta e il libertino, fosse anche il marito o il padre della prostituta, commetterebbe una immoralità, ma non un delitto punibile. Tale è la conseguenza inevitabile a cui conduce quella premessa. Laonde coloro che vollero giungere a codesta conseguenza incominciarono appunto dallo stabilire quella premessa. Tali sono gli effetti del nesso logico dei principii, tostochè si voglia riconoscere nel giure penale una scienza, anzichè un prestigioso empirismo.

§. 1479.

Finalmente possono esistere dei casi d' incontinenza, i quali non abbiano per essenza loro la oggettività giuridica nè del diritto dell' individuo che ne fu soggetto passivo, nè nel diritto di famiglia di un terzo individuo determinato che si offenda mediante l' atto impudico; ma bensì in un diritto universale ravvisato in tutti i consociati ai quali interessa che la morale pubblica sia rispettata. Di qui la necessità di riferire all' ordine dei delitti sociali questi ultimi casi, pei quali sorge il titolo di *lenocinio*, e *oltraggio pubblico al pudore;* e ipoteticamente quelli di *fornicazione* e d' *incesto*, quando la loro punibilità divenga legittima per ragione dello scandalo. Ed anche in questa ultima serie ricorre il fenomeno giuridico che divenga partecipe della responsabilità penale non solo l' individuo che fu soggetto passivo dell' atto impudico; ma anche eventualmente il terzo, del quale il diritto sarebbe violato. Così la compressione violenta di donna libera ha il suo unico *oggetto* nel diritto alla conservazione della propria pudicizia nella donna com-

pressa. La violazione dei diritti del padre di lei non è che eventuale, e perciò non può servire di nota caratteristica a definire la classe. Ma quando la donna violentata sia figlia minore o conjugata, il delitto diviene *complesso,* perchè oltre il diritto individuale della donna si viola il diritto del padre o del marito. Laddove se la donna fu consenziente il delitto torna ad essere *semplice,* perchè sparisce la violazione del diritto individuale della donna consenziente. Rimane l' adulterio semplice che deve essere sempre punito meno dell' adulterio violento. Se poi l' adulterio violento si consumi in luogo pubblico sorge di nuovo il reato *complesso* per triplice lesione di diritti: lesione del diritto individuale della donna; lesione del diritto particolare del marito; lesione del diritto universale di tutti i consociati, per la pubblicità della offesa al costume. In tale ipotesi nè la donna compressa, nè il marito di lei possono essere corresponsabili, perchè il diritto in loro violato concorre a costruire la oggettività del malefizio. Ma se invece la donna nella fatta ipotesi fu consenziente, sparisce dalla oggettività del reato il diritto individuale di lei: il delitto rimane complesso perchè nella sua oggettività giuridica rimane la lesione del diritto particolare del marito, e del diritto universale dei consociati. Ma poichè il diritto individuale della donna è sparito dalla oggettività giuridica del reato, questa non fa più la figura di paziente nel medesimo, benchè ne rimanga soggetto passivo, ma assume la figura di condelinquente. Che se poi anche il marito come la donna fu consenziente all' adulterio consumato in luogo pubblico, il malefizio torna ad essere semplice. Non vi è più

la lesione del diritto della donna, perchè consentì; e sparisce il titolo di violenza carnale: non vi è più lesione del diritto del marito, perchè consentì; e sparisce il titolo criminoso di adulterio. Vi rimane la lesione del diritto universale: questo è violato sotto doppia forma, perchè la connivenza del marito ha fatto sorgere il titolo di *lenocinio;* e la pubblicità del luogo ha fatto sorgere il titolo di *oltraggio al pudore pubblico.* Ma essendosi leso un unico diritto, il malefizio non è complesso. È un reato al quale si adattano due titoli distinti; quello di *lenocinio,* nel quale è autore principale il marito e partecipante la coppia impudica, e quello di *oltraggio pubblico* al pudore nel quale i due impudici sono autori principali. Fra questi due titoli concorrenti in un unico fatto si dovrà scegliere nella determinazione della penalità il più grave per obiettarlo respettivamente a cui si deve. Ma non potrà obiettarsi che un titolo solo, perchè il diritto leso è uno solo. Il marito (che in questa ipotesi non è più paziente del malefizio, ma uno dei partecipi) sarà punibile come autore di lenocinio, e come complice di oltraggio pubblico al pudore se anche in cotesta forma egli avrà concorso. Se la prima forma incontra castigo più severo della seconda, la penalità a lui dovuta dovrà cercarsi nel titolo di lenocinio. I due impudici saranno punibili come autori di oltraggio al pubblico pudore, e come complici di lenocinio. E se la pena dell' autore dell' oltraggio pubblico è più grave della pena del complice nel lenocinio, sarà il titolo di oltraggio pubblico al pudore quello che determinerà la misura della penalità di costoro.

§. 1480.

Ed ecco una ulteriore riprova di quella verità che ad altre occasioni ho costantemente propugnato. Voglio dire che l' asserta regola della *individuità del titolo* è una idea diafana nel giure penale, che non può avere nessuna realtà nella pratica. Il bisogno della giustizia esige che il fatto di ciascuno dei partecipanti si definisca secondo la speciale figura emergente dal rapporto di contradizione tra il fatto suo e la legge violata, perchè a ciascun delinquente s' irroghi la punizione che è proporzionata alla importanza del diritto leso dal suo fatto individuale. Laonde nelle varie combinazioni potendo sorgere tra il fatto di uno dei partecipi e il fatto dell' altro una diversità di forma che incontri nella legge provvedimenti diversi, è evidente che l' asserto precetto della *individuità del titolo* (precetto che non emana da nessuna *necessità ontologica*) ha contro di sè una *necessità giuridica,* che lo rende falso, artificioso, ed inaccettabile.

TITOLO I.

Stupro.

§. 1481.

La parola *stupro* (1) trovasi adoperata spessissimo con significazioni sostanzialmente diverse. In un senso *figurato,* che si preferì dagli oratori e dai poeti, stette ad esprimere qualsisia turpitudine. Nel lin-

guaggio giuridico ebbe talvolta un senso latissimo, e stette ad esprimere qualunque concubito venereo, e così comprese eziandio l'adulterio: *l. 101, ff. de verb. signif.* — Voet *in pandect. lib. 48, tit. 5,* §. *2.* Finalmente venne a restringersi ad esprimere il concubito con persona libera di onesta vita: ed è questo il senso che più generalmente si attribuisce a questa parola: quantunque non sia mancato chi prendendola in senso strettissimo l'abbia applicata al caso di deflorazione di vergine. Laonde i più esatti vollero distinto lo stupro in stupro *proprio,* e stupro *improprio,* ravvisando il primo soltanto colà dove concorreva la deflorazione. Da questo motivo e dall' antagonismo delle scuole, e delle legislazioni circa la punibilità dello stupro semplice (che vedremo tra poco) nacque una infinita difformità nelle definizioni che dello *stupro* troviamo nei diversi scrittori di cose criminali. Di qui pure nacquero le ricerche e questioni senza numero nelle quali si diffusero specialmente gli antichi intorno al requisito ed ai segni della deflorazione. Noi lasciate da parte simili fluttuanze, che ormai appartengono alla storia, definiremo lo stupro come delitto secondo quei caratteri così *positivi* come *negativi* che circoscrivono la sua essenza di fatto nello stato attuale della scienza, e secondo le dottrine e sanzioni che hanno prevalso oggidì.

(1) Bibliografia — De Amoeno *tit. 5, §. 4* — Caballo *cap. 285, n. 11* — Angelo *de delictis cap. 121, 132* — Damhouder *practica rerum criminalium cap. 92* — Zuffio *institutiones criminales lib. 2, tit. 27* — Ciarlino *controv. 174* — Conciolo *resolutiones, verbo stuprum, re-*

sol. 4 — Raynaldo *tom.* 2, *cap.* 23, §. 1 — Mattheu et Sanz *tractatus de re criminali, controv.* 52, *et seqq.* — Carerio *practica causarum criminalium pag.* 205 — Caravita *institutionum criminalium lib.* 1, §. 3, *cap.* 31 — Alphani *juris criminalis lib.* 2, *pag.* 235, *et* 183 — Gomez *ad leg.* 80 *Tauri* — Vouglans *institutes tit.* 3, *chap.* 3, *pag.* 483 — Rosa *praxis curiae neapolitanae lib.* 3, *cap.* 2 — Pistor *observat. singul. obs.* 161 — Gilli *de poena stupri, Vittemberga* 1781 — Ludewig *dissertationes selectae vol.* 3, *dissertatio* 8, *differentias iuris Romani et Germanici in stupro sub matrimonii spe, Halae* 1735 — Boehmer Georgius *electa juris vol.* 3, *exerc.* 22 — Balser *de poena stupri, Giessa* 1736 — Filangieri *scienza della legislazione lib.* 3, *cap.* 50 — Paoletti *institutiones theorico practicae criminales lib.* 6, *tit.* 2 — Cremani *de jure criminali pag.* 319, *lib.* 2, *art.* 2, *cap.* 6 — Ala *fora criminale vol.* 7, *pag.* 94 — Puttmann *elementa juris criminalis lib.* 1, *cap.* 40, §. 573, *et seqq.* — Leyser *medit. ad pandect. spec.* 581, 582, 583 — Torri *de crimine stupri* — Engau *elementa* §. 167 — Müller *observationes ad Leyserum vol.* 6, *fasc.* 1, *pag.* 148 *ad* 196 — Meister *principia juris criminalis* §. 240 — Koch *Institutiones juris criminalis* §. 273 — Mellio *Institutiones juris Lusitani tit.* 10, §. 10 — Hommel *rapsod. obs.* 119 *et* 426 — Poggi *elementa jurisprudentiae criminalis vol.* 5, *pag.* 18 — Renazzi *elementa juris criminalis lib.* 4, *pars* 2, *cap.* 1 — Ursaya *institutiones criminales lib.* 3, *tit.* 5, *n.* 22 — Carmignani *elementa juris criminalis* §. 1144 — Schroeter *repertor. consultat. verbo stuprum* — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 2, *pag.* 117 — Pessina *trattato di penalità speciale pag.* 57 — Arabia *principii del diritto penale pag.* 232, *vol.* 3 — Romano *istituzioni di giurisprudenza penale cap.* 49 — Giuliani *istituzioni di diritto criminale lib.* 2, *pag.* 369 — Puccioni *saggio di diritto penale pag.* 494 *e segg.*

§. 1482.

Io definisco lo *stupro* — *la conoscenza carnale di donna libera e onesta, preceduta da seduzione vera o presunta, e non accompagnata da violenza.*

Questa definizione non designa lo stupro nel suo senso strettissimo, ma neppure nel senso larghissimo che ho notato di sopra.

Infatti usando la formula *conoscenza carnale* viene a mostrarsi che alla essenza di fatto di questo reato non è necessaria la *deflorazione materiale.* La deflorazione può essere circostanza che concorrendo aumenti la quantità naturale dello stupro, e conseguentemente la sua quantità politica. Ma dove essa pur manchi può sempre aversi lo stupro completo nella sua essenza di fatto.

La essenza di fatto di questo malefizio si designa con la formula *conoscenza carnale* eliminativa del semplice pervertimento dell' animo, il quale da un lato può essersi malvagiamente procacciato senza che si esauriscano i termini del malefizio; e dall' altro lato può anche preesistere senza che perciò il malefizio medesimo scomparisca. Ma la contaminazione del corpo bisogna che sia consumata *mediante la congiunzione venerea;* questa distingue lo stupro dalle mollizie (1) e dal semplice oltraggio al pudore. La descrizione della essenza di fatto dello stupro si completa poi con le due formule *persona onesta,* e *seduzione.* La *onestà* della persona tiene alla *essenza di fatto* del malefizio: al momento che del medesimo non è estremo necessario la deflorazione, a codesto elemento (che spingeva i processi

di questo genere in tante lubriche e spesso infruttuose investigazioni) dovette sostituirsi l' elemento della onestà della donna, acciò non si confondesse con lo stupro la semplice fornicazione. E la idea si completa mercè la formula *preceduta da seduzione vera o presunta,* per la quale viene a costituirsi la distinzione fra lo stupro che sta come *fatto* non imputabile politicamente, e lo stupro che deve elevarsi al grado di *delitto;* come mostreremo tra poco, quando saremo a dire della seduzione, e dei suoi diversi caratteri.

Le due formule *libera,* e *non accompagnata* da violenza sono eliminative in quanto circoscrivono la nozione del definito escludendone casi analoghi ma diversi. Per la prima distinguesi lo stupro dall' adulterio, che è un delitto *sui generis* per la sua speciale oggettività; giacchè bene si intende che qui la parola *libera* si usa in contraposto di *coniugata* e non in contraposto di *serva* (2). Con la seconda si distingue lo stupro dalla violenza carnale; nella quale sta incluso lo stupro violento; ma che nella moderna scienza si considera come titolo speciale che ha la sua essenza di fatto negli atti violenti, e la sua oggettività nella violazione simultanea della castità, e della libertà. Tuttociò verrà meglio a chiarirsi tra poco.

(1) Questo deve intendersi come costante nella definizione dello *stupro semplice* il quale non può esistere mai senza la vera copula. Ma nello *stupro violento* hanno talvolta i legislatori meno esatti compreso indistintamente anche le mere *mollizie violente.* Ciò è avvenuto anche al codice Sardo, per quanto fu insegnato dalla Corte di Appello di Parma con due

giudicati del 19 maggio 1865, e 9 novembre 1866. Ma questa è una inesattezza e certamente una ingiustizia. Perchè oltre ad adoperare la parola stupro nel senso indefinito di qualsisia contaminazione del corpo altrui, si vengono a parificare nella pena la semplice mollizia violenta e la vera corruzione fisica, che presentano materialità e danni immensamente diversi.

(2) I romani che consideravano i servi come cose non tenevano come delitto lo stupro dell' *ancella*, col quale il padrone intendevasi che usasse della cosa sua. Abolita la servitù dovette naturalmente per la prevalenza del principio di uguaglianza proclamato da Gesù Cristo, aversi riguardo alla sola onestà della donna, e non ai natali, o alla condizione. Malgrado ciò s' intrusero negli statuti locali delle disposizioni particolari repugnanti a tale principio. Così nello statuto fiorentino (*rubrica* 112, *lib.* 3) dichiaravasi esente da pena lo stupro della serva commesso dal padrone. Siffatta disposizione non poteva durare in faccia alla crescente civiltà. Ciò nonostante ne risultò nell' antica pratica toscana la regola che in codesta ipotesi dovesse minorarsi la pena ordinaria. Laonde le osservanze giudiciali toscane costumarono di punire con la metà della pena lo stupro commesso sulla *serva*, e col solo quinto della pena se trattavasi di serva vedova: Paoletti *lib.* 6, *tit.* 2, *pag.* 72. Ma anche quella massima dovette bene cedere il luogo alla regola diametralmente opposta. Infatti la domesticità della femmina aggiunge al delitto l' abuso di autorità, e la violata fiducia dei genitori, che consegnarono la fanciulla al padrone; e la minorata potenza della difesa privata. Vi è dunque, quando veramente ricorra il caso della onestà della serva, copia di ragioni per aggravare anzichè minorare il delitto, quando si tratti di uno stupro che esaurisca le condizioni della politica imputabilità. Qui per altro debbo avvertire che diverso era il principio dal quale moveva l' antico dettato romano, diverso quello dal quale moveva la pratica nostra. I romani negavano l' azione di stupro all' ancella perchè se commesso dal padrone era un uso della cosa

sua, se commesso da uno estraneo dava al padrone l' azione della legge Aquilia: Cremani *lib.* 2, *art.* 2, *pag.* 319 — Raevardus *coniectaneorum lib.* 1, *cap.* 5. Al contrario le pratiche dei tribunali cristiani che minorarono la imputazione nello stupro delle serve, procedettero dalla presunzione di minore onestà in cotesta classe di donne; e accettando l'esagerata dottrina del Bossio (*de coitu damnato n.* 28) in certa guisa imitossi il concetto dal quale si informava l' altra disposizione dei romani che negava l' azione di stupro alle donne esercenti osteria; disposizione che da Costantino venne limitata alle sole serve di osteria, escludendone le padrone delle taberne: *l.* 21, *C. ad leg. Jul. de adult.* — *l.* 1, *Cod. Theod. ad leg. Jul. de adult.* Ma anche sotto cotesto punto di vista siffatta regola non può tenersi per buona oggidì, perchè la scienza mal volentieri ammette la signoria delle presunzioni nell' argomento penale. Possono trovarsi le Susanne nelle condizioni più abiette; possono trovarsi e troppo spesso si trovano le Messaline nei palagi dorati. La disonestà della donna deve risultare da una prova di fatto: può simile prova costruirsi anche per via di congetture, e fra tali congetture può anche darsi dal giudice un qualche valore alla condizione della femmina. Ma altro è che una circostanza si valuti come congettura, altro è che le si accordi la forza di presunzione. Stimo pertanto più conformi alla naturale equità i dottori che non ammisero distinzione fra lo stupro dell' *ancella* e lo stupro di altra femmina di condizione più agiata: Mevio *in jus lubecense lib.* 4, *tit.* 5, *n.* 8 — Ludero Menckenio *dissert. select. disp.* 3, *cap.* 3, *th.* 9.

§. 1483.

Giovi intanto avvertire che per le divergenze fin qui notate viene a spiegarsi il perchè gli scrittori dissentano circa lo essere questo reato un delitto di *fatto permanente*, o un delitto di *fatto transeunte* (1). Coloro che si fermarono a contemplare la

deflorazione, o il resultato della gravidanza lo dissero delitto di *fatto permanente*. Coloro invece che avvertirono potere esistere il delitto di *stupro* malgrado la mancanza di entrambo quei materiali resultati, lo dissero delitto di *fatto transeunte*, nel quale quelle due permanenze non erano che una accidentalità. Questa dottrina è più conforme all'odierno concetto dello stupro sotto un punto di vista speculativo. Ma è ben vero però che in pratica dove manchi la costatazione così della deflorazione come della gravidanza, la prova diretta del materiale di questo malefizio riuscirà assai malagevole, se non impossibile.

(1) Lo stupro può dirsi delitto di fatto *permanente*, quando è accompagnato dalla *deflorazione*, o susseguito dalla *gravidanza*. Negli altri casi è delitto di fatto *transeunte*, nel quale la prova del materiale è tutta affidata alla deposizione della donna, e così tutta dipende dalla prova della di lei onestà. Carmignani per altro sostiene diversa opinione insegnando che lo stupro della vedova debba sempre aversi come delitto di fatto *transeunte*, e chiama stupro *proprio* quello della vergine, e stupro *improprio* quello della vedova; seguendo il Poggi.

La distinzione fra stupro *proprio* ed *improprio*, si è riprodotta dall'esattissimo Giuliani (*istituzioni vol.* 2, *pag.* 370) il quale ponendo la essenza del *primo* nella deflorazione, su cui dottamente disserta, lo proclama delitto di *fatto permanente*, mentre lo stupro *improprio* (quello cioè che cade sulla già deflorata di onesta vita) ha per essenza la onestà della donna, ed ei lo dichiara di *fatto transeunte*. Secondo questa distinzione a rendere di fatto permanente il reato in questione non basterebbe la fecondazione della donna; lo che condurrebbe a dire che questo effetto, quantunque di natura permanente, non attiene alle condizioni essenziali del

reato, ma alle sue accidentalità. Lo stesso Giuliani per altro viene ad elogiare la dottrina dei pratici, i quali negano potersi procedere criminalmente per lo stupro improprio senza lo estremo della gravidanza. Ammesso ciò bisognerebbe concluderne, che anche lo stupro improprio è delitto di fatto *permanente*, e che la sua essenzialità materiale si compone dei due elementi della onestà, e della fecondazione della donna. Debbo però avvertire che altri dottissimi tenevano opinione contraria; per esempio il Puttmann (§. 586) ben lungi dallo esigere lo ingravidamento alla essenza dello stupro, accorda alla donna il diritto di chiedere la dote quantunque non sia rimasta incinta.

§. 1481.

Adesso vediamo le divisioni che gli antichi dottori ci diedero dello stupro: siffatta analisi ci sarà di guida a svolgere il processo della dottrina. La maggior parte degl' istitutisti del secolo passato designavano due specie di stupro: il *volontario*, e il *violento;* alle quali due specie alcuni aggiungevano una terza, che dicevano nè *violento* nè *volontario;* ed a questa riferivano tutti i casi in cui era mancato il consenso razionale e giuridicamente efficace della donna, ma era concorso il suo consenso animale; ossia era mancato il suo aperto dissenso (1). Questa formula si preferì specialmente dai criminalisti alemanni. Altri invece divisero lo stupro in *semplice*, e *qualificato:* e di nuovo divisero lo stupro qualificato in *qualificato da seduzione*, e qualificato da *violenza*. Un tale metodo presupponeva la punibilità dello stupro *semplice*. Revocata in dubbio cotesta, non era più accettabile siffatto metodo e siffatta tecnologia: perchè non può *qualificarsi* ciò che nello stato semplice non è delitto: e ciò che dà al fatto

la essenza di delitto non è qualifica ma elemento costitutivo del maleflzio. Perciò io distinguo lo *stupro*, guardato come fatto, in stupro *semplice*, stupro con *seduzione*, e stupro con *violenza*. E così facendomi strada a dire che lo *stupro* semplice non è punibile; e che lo stupro con violenza fa nascere il reato di *violenza carnale* (che darà argomento al titolo successivo) verrò a circoscrivere le indagini che si richiamano al presente titolo al solo *stupro* con seduzione *vera* o *presunta*, che è quello da me superiormente definito.

(1) Koch *elementa juris criminalis lib.* 2, *cap.* 13 — Meister *principia juris criminalis* §. 233. Questa formula fu adottata dal codice Bavaro del 1813, che all' art. 190 forma un caso speciale dello stupro della minorenne e della ebra per punirlo meno dello stupro commesso con abuso di forza o con intimidazione.

§. 1483.

Lo stupro *semplice* è quello che cade su donna o vergine, o onesta, la quale libera padrona del suo corpo ne ha con libero e valido consenso dato balia al proprio amatore. Questo fatto nella storia (1) della penalità ci presenta tre stadii successivi sostanzialmente distinti e meritevoli di osservazione. Primo stadio: punizione di entrambo i partecipi. Secondo stadio: punizione dell' uomo e non della donna. Terzo stadio: punizione di nessuno.

(1) Intorno alla storia della punizione dello stupro semplice appo i varii popoli può vedersi Schutze *Lehrbuch* §. 73 *pag.* 330 *nota* 2, e Berner *Lehrbuch* §. 186 *pag.* 450 *e segg. Lipsia* 1871.

§. 1486.

Le torte idee fra le quali così a lungo andò errando il giure punitivo allorchè la nozione del delitto confondevasi con la nozione del peccato, e un esagerato sentimento di morale intruso nelle regole di diritto, condussero un tempo a decretare delle pene contro coloro che liberi dei propri corpi per impulso spontaneo di mutuo appetito si fossero insieme carnalmente conosciuti. Finchè simile precetto trovavasi nel giure canonico, ed i suoi effetti si esaurivano in semplici penitenze espiatorie la cosa poteva star bene. Ma i legislatori civili per un eccesso di zelo vollero aggiungere alle pene canoniche le afflizioni corporee che da loro si distribuivano ai delinquenti, e convertirono in delitto la semplice fornicazione. Ed allora invalse la regola pratica che la donna dovesse punirsi più mitemente dell' uomo per la poetica presunzione che dovesse sempre ritenersi sedotta (1). Ma con ciò quei legislatori peccarono essi stessi contro la legge giuridica; la quale non attribuisce loro facoltà di punire tranne per la difesa del diritto minacciato. Ora è evidente che due persone libere concedendosi reciprocamente il godimento del proprio corpo per impulso o del cuore o dei sensi, non ledono il diritto di alcuno; e così tranne i casi nei quali il fatto loro assumendo certe forme di pubblicità degeneri in *oltraggio al pubblico pudore*, il medesimo evade da ogni contatto con la legge giuridica; la quale invece evidentemente proteggendo la libertà umana in tutto ciò che non lede la libertà altrui, interdice all'autorità

sociale lo spreco di castighi, che non sono legittimati dalla necessità di tutelare il diritto. Quando pertanto il giure penale venne mercè il progresso del vivere civile a ricostituirsi sulle vere sue basi, quelle idee torte dovettero dileguarsi; e con loro dovette dileguarsi il pensiero di punire il concubito con vicendevole assentimento consumato tra due persone libere. E così si chiuse il primo stadio della penalità in questo fatto.

(1) La storia parmi che ponga fuori di dubbio che per giure naturale lo stupro della consenziente non possa considerarsi come criminoso quando vediamo appo molti popoli le fanciulle acquistar pregio per la quantità dei loro *Jocalia* (regali ottenuti nelle palestre amorose). Vedasi Creuking *dissertatio de iocalibus, cap.* 1, *Jena* 1680. Che i romani punissero lo stupro anche nella donna consenziente vollero molti dimostrarlo con la *leg.* 20 *C. ad leg. Jul. de adult.*: Puttmann §. 177. Non punivano però nella donna nè nell' uomo la *fornicazione; leg.* 13, §. 2, *ff. ad leg. Jul. de adult.; Nov.* 18, *cap.* 5; *Nov.* 74 *et* 98 — Bachovio *ad Treutlerum vol.* 2, *pag.* 1259, *th.* 3, *litt. B.* E con la parola *fornicazione* sembra designassero promiscuamente così il *concubinato* come il *meretricio:* vedasi Pilette *sur le concubinat chez les romains,* nella *Revue Historique vol.* 11 *pag.* 209, e Priori *pratica criminale pag.* 180. Ma nei tempi successivi si punì anche la fornicazione per disposizioni speciali di vari statuti; e si punì tanto nell' uomo come nella donna. Così il Lauterbach nella sua dissertazione *de differentiis juris civilis et electoralis (disput.* 65, *th.* 62) avverte che mentre per giure romano la fornicazione non incorreva alcuna pena, per il diritto elettorale sassonico punivasi nella donna con la carcere ed anche con la relegazione, e nell' uomo con la carcere o con la multa: vedasi Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *constit.* 30, *def.* 9; e

Ludewig *opusc.* 8, *vol.* 3, *pag.* 11. Ciò è positivo in Sassonia per quanto ne accerta Waechter *de lege saxonica pag.* 32, ove accenna ad una legge speciale del 1588 che disponeva si punissero con carcere non maggiore di 4 settimane così lo stupratore come la stuprata. E che in generale le leggi e pratiche germaniche punissero lo stupro anche nella femmina, si accerta dal trovarsi comunemente insegnato il precetto che nel caso di violenza non debba punirsi la femmina: la quale eccezione mostra la esistenza della regola contraria. Nell' antica Francia sembra che non si costumasse di punire la donna mentre l' uomo era, anche per lo stupro semplice, severamente punito. Ma dopo la ordinanza del 1639, che noterò fra poco, cessò ogni punizione anche contro l' uomo, ed a questo periodo accenna Vouglans (*traité des crimes et de leurs peines tit.* 3, *chap.* 4, *pag.* 489) quando sull' autorità di Rebuffo e di Lapeyreire afferma la non punibilità dello stupro; anzi quello che vi è di speciale nelle antiche leggi di Francia si è che per la dichiarazione del 26 luglio 1713 la fornicazione niente punita nell' uomo, invece in certe condizioni sottoponevasi a pena od a misure coercitive nella donna. Vouglans (*instit. pag.* 485) esattamente definisce la differenza che passa fra lo stupro e la fornicazione. Il commercio carnale è elemento comune all' uno ed all' altro. Ma perchè la fornicazione degeneri in stupro bisogna che vi concorra la corruzione della donna, corruzione morale e fisica se la donna è vergine, corruzione morale se è vedova onesta. Cosicchè la onestà della donna tiene alla essenza di fatto dello stupro.

§. 1487.

Ma la idea della presunta seduzione della donna, che erasi in quel primo stadio insinuata nel giure penale per il fine di punir meno la consenziente, diede origine ad un secondo stadio nel quale la

oggettività dello stupro semplice si venne a trovare nei diritti della donna; quasichè la femmina che si era con alacrità gettata nelle braccia dell' amatore, fosse stata per opera sua offesa nel diritto proprio del quale aveva libera facoltà di disporre, e del quale aveva generosamente disposto. Così si aperse la via nella penalità dello stupro ad un secondo periodo, nel quale si vide punito l' uomo per lo stupro semplice, e niente punita anzi premiata la donna che vi aveva liberamente concorso: mostruoso risultamento! Che l' identico fatto frutti disdoro e castigo all' uno dei suoi autori, commiserazione protezione e ricompensa all' altro autore moralmente corresponsabile del fatto stesso! Pur si credette con ciò di proteggere la moralità delle famiglie: ed invalse la regola che l' autore di stupro, quantunque semplice ed anche scompagnato da giustificata deflorazione, dovesse alternativamente secondo alcuni legislatori o sposare, o dotare giusta le facoltà proprie, la donzella stuprata; oppure secondo altri più severi legislatori dovesse dotare e congiuntamente sposare la donzella o andare in galera: *aut nubat et dotet, aut ad triremes* (1). Ma la moralità delle famiglie non si avvantaggiava per cotesto sistema. La presunzione di seduzione della donna, che è una ipotesi assai problematica nella vita reale anche prescindendo dallo stimolo di siffatta legislazione, diventò una iperbole per la triste opera della medesima. Nella donna, che agli sfoghi carnali viene sospinta dalla natura sua con impulso più energico, è utilissimo freno il pericolo della gravidanza, la tema del disonore, la prospettiva delle nozze a lei rese difficili per la caduta. Togliete cotesto freno,

e la donna non più è rattenuta dal cadere per un timore, ma vi è sospinta per una speranza caldissima. La esperienza mostrò palpabili gli effetti funestissimi della legge. I genitori poveri ne trassero argomento ad essere rilasciati nella vigilanza delle figlie; i genitori benestanti ne ebbero forte cagione di timori per l' avvenire dei figli: quelle ne trassero un fomite ad essere procaci; questi una facilità maggiore a raggiungere il conseguimento di desideri viziosi. Le nozze disuguali si videro moltiplicate. Preludio a quelle non fu il consiglio dei savi amici o lo studio delle reciproche simpatie, ma la querela criminale e l' intervento dei birri. Le udienze frequentissime per simili accuse presentarono lo scandaloso ritmo delle più oscene contumelie lanciate dal giovine contro la dolente; e di sacrileghi tentativi d' infamarla mediante compre testimonianze; le quali erano bruttissimo contrasto con le nozze che poscia tenevano dietro alla sentenza condennatoria. All' indimani delle nozze la serica veste onde era venuto a coprirsi il ventre tumescente della fortunata donzella, mandava scintille elettriche agli occhi delle deserte compagne già fatte invidiose, e divorate dall' ansia di poterne imitare l' esempio. A quelle nozze però non era stato pronubo nè l' amore nè il senno: ma la speculazione da un lato, la paura dall' altro; l' odio e la disistima da entrambo le parti. Non eravi neppur luna di miele per codesti imenei. Cosa era a prevederne, se non adulterii, e concubinati, e troppo spesso atroci delitti? Così la legge che faceva mostra di proteggere la moralità della famiglia, eccitava la dissoluzione della

famiglia, i disordini dei coniugi, e per tutto una ripetizione di pessimi esempii.

(1) La obbligazione *alternativa* prevalse generalmente nella pratica, concedendosi al reo la scelta o di sposare o di dotare quando per la sua condiziono non era impossibilitato al matrimonio. Conseguenza giuridica di cotesta scelta conceduta al reo doveva essere, e fu, che si negasse alla donna ogni diritto quando ella medesima si ricusava alle nozze e per il fatto suo le avea rendute o giuridicamente o moralmente impossibili: Puttmann *elementa* §. 585 *et* 586. — Bohemero *exercitationes ad pandectas, exercitat.* 26, §. 8, *vol.* 2, 195. La opinione più rigorosa che costringeva alla dotazione copulativamente ed al matrimonio, ebbe origine da consimile disposto delle leggi mosaiche; le quali imponendo per principio generale al marito di dotare la moglie, la obbligazione a sposare traeva con sè la obbligazione a dotare. Quindi l' obbligo copulativo si riprodusse naturalmente dal giure canonico al *cap.* 1 *et* 2, *X. de adult.* E i canonisti tenacemente insisterono sulla obbligazione copulativa. I protestanti pretesero emendare la lezione dell' *Esodo* (22, 16, 17) e sostennero che la obbligazione copulativa non era imposta neppure dalle leggi mosaiche: Seldeno *de uxore hebraica lib.* 1, *cap.* 16. Ma prescindendo da ciò i civilisti in generale predilessero la opinione dell' obbligo alternativo considerando il debito di dotare come un modo suppletorio della indennità derivante dallo sposalizio; eseguita la quale ebbero come esaurita la riparazione nel modo più pingue: Wernher *observationes, pars* 5, *observat.* 244 — Lauterbach *disput.* 64, *thes.* 99; il quale aggiunse la singolare ragione che quando un uomo avesse stuprato parecchie femmine non potea costringersi a sposarle tutte. Alcuni eziandio recisamente negarono che lo stupratore si costringesse al matrimonio per la ragione che con ciò sarebbesi violata la patria potestà dei genitori, qualora essi non avessero voluto per genero (forse

per buone ragioni) il seduttore della figlia. Con l' alternativa, essi dicevano, si guarentisce la impunità agli stupratori che siano infami, malviventi, e tali in una parola che la donna ugualmente che i genitori aborriscano dalle nozze nefaste. Il colpevole si farà pronto ad offrire le nozze che verranno negate: e così si libererà dalla dote: meglio varrebbe obbligare tassativamente alla dote: e lo stesso argomento della violata patria potestà riproducevasi in rispetto ai genitori dello stupratore. Rispondevano altri a tale argomento dover portare in pace la donna le conseguenze del proprio fallo: dovere i genitori sopportarlo come un infortunio, alla guisa stessa che sopporterebbero le conseguenze di un omicidio, od altro delitto commesso dalla figliuola, o dal figlio: vedasi Ludewig *dissert. de stupro sub spe matrimonii: in ejus Opuscula vol.* 3, *opuscul.* 8; il quale (*pag.* 13, 16) accenna alla ozione data allo stupratore come ad un glaucoma dei legisti, sostenendo indeclinabile la obbligazione di sposare: Mevio *in jus Lubeccae pars* 4, *tit.* 5, *art.* 1, *n.* 5 — Brunnemann *I. E. P. lib.* 2, *cap.* 18, §. 26; *et ibi* Strykius *in adnot.* Più generalmente però i legislatori del secolo passato, e così anche la nostra legge del 1786, si appagarono della obbligazione alternativa: Paoletti *lib.* 6, *tit.* 2, *pag.* 170. Ma qui si elevarono dispute singolari. Si questionò se la obbligazione di sposare dovesse mantenersi anche quando lo stupratore fosse un nobile e la stuprata una plebea, e lo statuto locale proibisse i matrimoni disuguali: vedasi Sorber *de odio contra matrimonia imparia.* La questione si agitò dal Ciriaco, Durando, Peregrino, ed altri, e più modernamente dall' Harpprechtt (*exercitat.* 84, *n.* 71) e si risolvette nel senso che il delitto derogasse allo statuto. Si propose pure la questione intorno al caso che lo stupratore fosse un ammogliato e la stuprata conoscesse questa di lui condizione: vedasi Puffendorf *observationum vol.* 2, *observat.* 44, *pag.* 110. Alcuni opinarono che in questo caso dovesse contro l' uomo aggravarsi la pena. Altri invece sostenne che in tale ipotesi doveva eccezionalmente punirsi an-

che la donna per la immoralità di essersi scientemente prestata ad un ammogliato. Altri disse invece non doversi punire nè l'uno nè l'altra: non la donna perchè bastantemente punita dal disonore che la colpiva: non l'uomo per non dare con la sua carcerazione augustie all'innocente famiglia ed aggiungere nuovi dolori alle afflizioni della consorte tradita. Argomenti tutti che non reggono in faccia ai veri principii su i quali deve ordinarsi e limitarsi la punibilità dello stupro. Per analogia si negò ogni reclamo alla donna che si fosse prestata ad un congiunto col quale sapeva essere inibite le nozze: Wernher *observationum vol.* 1, *obser.* 244, *pag.* 982: *et vol.* 3, *pars* 3, *observ.* 58, *pag.* 454. Una terza questione si sollevò nel caso che la donna dopo patito lo stupro si fosse data a vita disonesta. Alcuni dissero che cotesto fatto della donna rendeva impossibile obbligare lo stupratore a sposarla: e questo è verissimo. E da ciò ne dedussero non potersi ammettere che la donna con la sua successiva turpitudine rendendo impossibile il matrimonio, deteriorasse la condizione dell'uomo, privandolo del diritto che avea di liberarsi dallo sborsare la dote con lo sposare; e tale conclusione si adotta come sicura dal Giuliani: ma al contrario le osservanze giudiciali toscane avevano indistintamente considerato che la successiva perdizione della donna dovesse tenersi come conseguenza della corruzione morale in lei prodotta colpevolmente dal suo stupratore: onde stabilivano essere indifferente sulla punizione di lui cotesto fatto consecutivo, che in sostanza aumentava il danno cagionato dal malefizio; Paoletti *lib.* 6, *tit.* 2, *pag.* 176: e tale dottrina si approva dal Puccioni *saggio di diritto penale pag.* 496. La opinione del Giuliani è coerente al suo modo di vedere, poichè trovando egli il delitto non tanto nel concubito, quanto nella ricusa di mantenere alla donna la data fede, se questa ricusa è renduta necessaria dalle lascivie della donna non ne deve cadere la pena sopra l'uomo che era pronto a fare il dovere suo. In quest'ordine d'idee è logica la conclusione del Giuliani. Nell'ordine opposto che ravvisa il

delitto nel concubito è logica la regola toscana riferita dal Puccioni. Anche in Toscana peraltro i giuristi si moderarono nel cieco favore delle speculazioni femminili: e Carmignani (§. 1156) si mostrò esitante sulla punibilità dello stupro semplice quantunque procurato con allettamenti e promesse vaghe di matrimonio.

§. 1488.

La legge per quanto impolitica avria pur dovuto tollerarsi se un sommo principio giuridico l' avesse renduta doverosa. Ma il principio giuridico non era che un sogno, perchè dove la donna consente al proprio disonore non può lagnarsi che il suo diritto sia leso. La punizione dello stupro semplice doveva presto o tardi cadere, e cadde in faccia al progresso dei lumi. In Francia prima che altrove si proclamò la massima che lo stupro semplice doveva cancellarsi dal novero dei delitti. Più tardi in Italia dovette pure riconoscersi codesta verità. Ma qui bisogna confessare che su tale argomento la Toscana fu la ultima ad erudirsi. Fino dal 1779 una Prammatica napoletana (1) aveva abolito i processi di stupro, mentre la legge toscana del 1786, benchè ordinata dal più filosofo dei principi, conservava tra noi lo scandalo delle querele di stupro, che perpetuavasi fino al 1853. La sapienza dei nostri tribunali aveva studiato ogni via per rendere il male meno sensibile. Molte prudenti regole, molte distinzioni sottili, e le accurate investigazioni sulla onestà della donna rimandavano spesso dall' aula della giustizia la querelante delusa e scornata: ma lo scandalo non cessava per questo; nè la mala sorte in-

contrata dalla giovine meno accorta scoraggiava le altre dal rinnuovare lo esperimento. La opinione pubblica già da lunga stagione aveva pronunziato il suo voto contro questa reliquia dei vecchi pregiudizi; e quando il codice del 1853 la ebbe tolta per sempre, se ne concepì ragionata speranza che le generazioni future avrebbero offerto un incremento di onestà nelle zittelle; un numero minore di matrimoni infelici, di separazioni, di adulterii, di ussoricidii.

(1) Già la pratica napoletana spaventata dal numero scandaloso delle querele di stupro, e dal crescente pervertimento dei costumi che per le medesime s' incoraggiava, aveva introdotto l' uso che la querelante si carcerasse pendente il processo. Ma la sanzione prammatica che Ferdinando I promulgò il 12 febbrajo 1779 attaccò il male alla sua radice. Quella prammatica portava per sua motivazione che il principe *aveva rivolto lo sguardo all' onore, e decenza delle famiglie, alla loro tranquillità e quiete, ed ogli ineonvenienti immensi, ehe a danno loro derivana dalle querele di stupro.* In conseguenza dispose — ivi — *Che niuna donna o oltra persona cui interessa, di quolunque grado e condizione, possa più avere ozione penale di stupro anearchè olla vera a simulota* defloraziono *siano preceduti sponsali o parole di matrimonio innanzi al parroco, o eopitoli matrimoniali per mano di pubblico notaio, o altro qualsiasi rito o solennità mediante la legittima promessa di future nozze; ed ancorchè fossero simultaneamente preceduti atti confidenziali, o trattamenti in casa, o qualunque altro atto somigliante induttivo allo stupro; . . . . eceetto l' unico e solo eoso dello stupro commesso* con vera, reale, ed effettiva violenza, *esclusa qualunque interpetrativa che si possa trorre dal pretesto delle blondizie, allettamenti, promesse verbali, e so-*

migliorevoli cose . . . . perchè le donne non debbono profittare della loro complicità nel delitto, ma badare a conservare l' onore delle famiglie in cui nascono, acciò passando nelle altrui per mezzo di lodevoli nozze, possano farlo custodire alla loro prole. Notano i commentatori di questa ordinanza e gli storici contemporanei che la medesima produsse sensibilissimo miglioramento nel costume: vedasi Romano *Istituzioni di giurisprudenza penale cap.* 49. La unica osservazione di qualche apparenza a sostegno della vecchia pratica fu quella che col dare alle fanciulle rimaste incinte la querela di stupro si prevenivano gl' infanticidii a cui le ragazze si sarebbero trovate condotte per mancanza di mezzi a sostenere le spese del parto. Ma tale argomento che si è recentemente riprodotto da Lambert (*philosophie de la cour d' assise pag.* 165) mi sembra alquanto bislacco. Guai se si ammette come ragione di ottenere favori la minaccia di commettere gravi delitti: la teoria dei sussidii alle *pericolanti* può essere buona a fondare instituzioni religiose e morali, ma non può avere forza dominatrice nel giure penale. Al pericolo come sopra appreso provvedono gli stabilimenti di maternità: chè se le donne allegano la vergogna come pretesto a recarsi in cotesti luoghi, rispondasi loro che la vergogna non l' avrebbero avuta se si fosse trattato di fare sfacciata mostra del fallo loro nella sala di un tribunale. La Francia vide più presto simile modificazione: riferisce Jousse (*de la justice criminelle, vol.* 3, *pag.* 709) che in Francia erasi giunto persino a punire lo stupro di morte, e riporta diverse decisioni in questo senso. Nè sorprende ciò quando nella Spagna insegnavasi che lo stupro per blandizie dovesse nella pena equipararsi al violento: Escobar *de ratiociniis cap.* 19, *n.* 60. Ma la ordinanza francese del 6 novembre 1639 abolì affatto codeste procedure criminali per il motivo che esse erano d' incoraggiamento alle fanciulle a darsi in balìa agli uomini; e una dichiarazione del parlamento di Brettagna del 22 novembre 1730 (occasionata dalla ostinazione dei luogotenenti criminali) richiamò i tri-

bunali alla osservanza rigorosa di quella ordinanza. Dopo di che più non parlossi in Francia di pene o di procedure criminali contro lo stupro semplice: e tutto si ridusse all' esercizio dell' azione per danni e interessi.

§. 1489.

Così vennesi al terzo stadio nel quale lo stupro semplice non più si vide punito nè nel maschio nè nella femmina; e questa opinione quantunque tuttavia contrastata da qualche scrittore (1) ha prevalso generalmente nelle moderne legislazioni. Da questo momento la nozione dello stupro come delitto sarebbesi ristretta ai soli due casi della violenza e della seduzione. Ma lo stupro violento aveva ormai nelle scuole perduto la sua pristina figura, per andare a far parte del titolo più vasto di *violenza carnale*. E questa veduta è da conservarsi perchè coerente ai buoni principii, trovandosi spesso maggiore gravità nella violenza che è *mezzo*, anzichè nell' abuso della donna che è *fine* all' azione criminosa. Laonde siamo per questi svolgimenti condotti oggigiorno alla conseguenza che nello studio del titolo di stupro non dobbiamo occuparci d' altro, se non dello *stupro con seduzione*. Ma qui ci si para innanzi una nuova difficoltà: poichè non può completamente descriversi lo *stupro con seduzione* ove prima non sia stabilito se certe sue forme presentino i caratteri della violenza, o della *seduzione;* e così se vogliano essere raccolti sotto questo titolo, o piuttosto sotto quello della *violenza carnale:* conseguentemente è necessario a questo luogo anticipare una ricerca che più propriamente apparterreb-

be al successivo titolo, quella cioè relativa alla così detta *violenza induttiva* desunta dalla qualità di demente o d' impubere nella donna compressa. La questione non è se l' abuso dell' impubere debba essere punito: sulle sue condizioni di politica imputabilità in genere non può muoversi dubbio. Ma la questione è grave sul punto di sapere se in questi casi anche là dove manchi la vera e propria violenza (concorrendo la quale cessa di nuovo ogni contrasto) si debba ravvisare la *violenza presunta*, o piuttosto la *seduzione presunta:* differenza che è notabilissima per la esattezza delle nozioni, e può essere importantissima nella misura della penalità.

(1) Il Giuliani (*vol. 2, pag.* 376) si dà con calore a sostenere la convenienza della punizione dello stupro semplice, ed il suo calore è tanto che egli taccia di *belli spiriti* coloro che sostengono la contraria dottrina. Ma ad onta dell' arte squisita con la quale questo dottissimo esorna le sue argomentazioni noi non ce ne troviamo persuasi. Egli dice che il delitto di stupro semplice non si consuma col concubito (nei quali termini sarebbe reciproco) ma si consuma dal solo uomo quando nega adempiere agli obblighi contratti, e sposare la donzella; ciò è una idea del tutto nuova nei giure penale che l' inadempimento di una obbligazione costituisca delitto. Egli ricorre alla storia mostrandolo punito dagli ebrei, dai greci, dai romani, e da tante altre nazioni. Ma l' argomento storico in criminale non prova niente per la ragione che prova troppo. E nel vizio di provar troppo cade pure il suo terzo argomento consistente nel dire che il danno politico dello stupro consiste nel gettare in braccio al futuro marito una donna corrotta: prova troppo perchè sotto questo punto di vista sarebbe la donna che commetterebbe un secondo delitto; nè d' altronde potrebbe trovarsi in una

eventualità la oggettività di un reato. Finalmente la ultima sua osservazione è che la pena essendo oggi ridotta alla dotazione della zittella neppure si può dire vera pena: e qui io concordo con lui. Ma ne traggo la opposta conclusione che tutto riducendo alla indennità verso la offesa, si cancella la idea fondamentale del vero delitto; e che per le indennità ad un danneggiato porgono tutela bastante i tribunali civili. Non vi è principio giuridico (come bene osservò l'Hommel *rhapsod. observat.* 330) che valga a giustificare la persecuzione penale dello *stupro semplice* quando si tenga fermo il cardine della distinzione fra peccato e delitto. Ad ogni modo non so come il Giuliani potesse tacciare di *belli spiriti* i sostenitori della moderna dottrina. Non era certamente un bello spirito quel reale di Francia che dettò l'ordinanza del 1639; non il legislatore napoletano che dettò la prammatica del 1779; non i principi che dettero sanzione al codice di Francia del 1810, al codice di Parma del 1820, al codice di Napoli del 1819, al codice Bavaro del 1813, al codice Sardo del 1859, al codice Toscano del 1853, al codice Belga del 1867; e molto meno era un *bello spirito* il legislatore spagnolo che dettava il codice penale del 1848, e tanti altri legislatori che tutti ad una voce proscrissero la persecuzione criminale dello stupro semplice.

§. 1490.

Nacque fra i pratici una dottrina che alla *violenza vera* adoperata contro una donna per costringerla alle proprie voglie, equiparò una violenza figurativa; che si volle trovare non nel soggetto attivo, nè in atti di forza o minaccia usati al fine di soggiogare l'altrui volontà, ma nel soggetto passivo ed in certe sue condizioni per le quali la donna, o fosse incapace affatto di conoscenza, come nella ipotesi della donna ebra e dormiente; o avesse una conoscenza

incompleta ed una volontà puramente animale destituita di efficienza giuridica, come nella ipotesi della mentecatta e della impubere. Le due ipotesi presentavano differenziali tra loro, ma pure si equipararono così la prima come la seconda: e si volle di pari pena punito colui che con la impubere o con la demente si fosse carnalmente impacciato, quantunque senza resistenza di lei, e colui che ne avesse abusato forzandola benchè reluttante a cedere per via di prepotente forza o d' incussione di timore. Antesignano di cotesta dottrina fu il Carpzovio (*pract. crim. quaest. 75, n. 39*) che seco trasse gran numero di dottori. A fondamento di tale dottrina si tolse la *leg. 40*, e la *leg. 189, ff. de regulis juris*, ove si dice essere *incapace di volere* chiunque in tali condizioni si trovi. Su ciò si costrui questo argomento, che è pietra angolare di tutto il sistema — *se costoro sono incapaci di consentire*, dunque *dissentirono;* e se l' abuso di loro fu commesso col loro *dissenso*, dunque è *violento*, e come tale deve punirsi. Così la essenza di fatto della violenza non solo si ravvisò nello avere agito *contra mentem alterius*, ma anche in quella che si chiamò *violenza induttiva*, risultante cioè dalla sola incapacità di consentire del soggetto passivo (1).

(1) È inutile enumerare gli scrittori che hanno calcato le orme di Carpzovio. Si può convenire come fatto storico che la dottrina della equiparazione è stata nel secolo passato comunemente accolta dalla generalità dei criminalisti, e poi da moltissimi legislatori anche contemporanei. Ma ciò non toglie che giureconsulti di grandissima vaglia si sieno alla medesima opposti con ogni vigore: e molto meno toglie

che quella dottrina sia falsa ad un tempo ed impolitica, come verrò mostrando fra poco. Anche Carmignani, a cui qualche volta nella parte speciale mancò il coraggio di seguire con logico rigore lo svolgimento di quei principii dei quali aveva così gagliardamente posto le basi nella parte generale, chinò la fronte (§. 1152) alla dottrina carpzoviana, e riprovò il Cremani che (come noterò fra poco) aveva insegnato doversi accordare una minorazione di pena tutte le volte che la incapace di consentire abbia di fatto consentito, che è quanto dire quando manchi la violenza vera. Egli dice che la opinione del Cremani non la crede punto ammissibile, ma siccome egli non allega le ragioni di tale inammissibilità così noi ci permettiamo di dissentire dal nostro riverito maestro.

§. 1491.

Altri invece negarono tale equiparazione, e dissero doversi dello stupro riconoscere tre specie. Lo stupro *volontario, o semplice:* lo stupro *violento:* lo stupro che non è nè *violento* nè *volontario;* e a questa terza specie referendo il concubito con la mentecatta, con la impubere, o con la dormiente, convennero che dovesse bene irrogarsi una pena, ma non la pena ordinaria della violenza carnale. In cotesta disputa l' Hommel *(rhapsod. obser. 873)* tacciò il Carpzovio di *homo hirsutissimus et ad virgas expediendas gladiumque nudandum semper paratus:* e mostrò quanto fosse vizioso lo argomentare dalle materie civili alle materie criminali; quale sofisma palpabile stesse in quello entimema *velle non potuit ergo noluit:* avvertì che anche coloro che per finzione di legge si presumono *incapaci di volere sono però capaci di non volere;* e lo sono davvero anche i fanciulli, e i dementi, i quali

si dibattono, e strillano, ed usano ogni forza loro, quando non vogliono subire una qualche cosa spiacente. Laonde essendo incontrastabile la diversità che intercede fra la violenza fisica o morale esercitata contro un bambino o contro un demente reluttanti e resistenti sebbene invano, e lo abuso che facciasi del loro stato d'inconsapevolezza e d'indifferenza, l' Hommel, ed altri molti con lui (1), recisamente respinsero l' adequazione ai fini penali del caso finto al caso vero.

(1) La opinione che fosse errata la parificazione dello stupro della mentecatta o non viripotente allo stupro accompagnato da vera violenza fisica *o* morale, quantunque possa dirsi andar contro alla comune dei pratici che pecorilmente copiarono l'un dopo l'altro la dottrina di Carpzovio, si avvalora della autorità di giureconsulti di grandissimo polso. Argomentano ed insegnano nel senso dell' Hommel, fra molti altri luminari della scuola germanica, anco i seguenti: Boehmero *meditat. in constit. Carol. ad art.* 119, §. 5 — Kress *ad art.* 119 *C. C. C.* §. 6 — Bergero *elect. jur. crim. in supplem. obs.* 160, *pag.* 428 — Schiltero *exercitatio* 49, §. 102 — Harpprecht *decis. crim. dec.* 65 — Boehmero *ad Carpzov. quest.* 69, *obs.* 2; *et elementa juris crim. sect.* 2, *cap.* 10, §. 125 *et* 131 — Meister §. 253 *et* 248: ed il Leyser *medit. ad pand. spec.* 584, *med.* 22, del quale piacemi riferire le parole — ivi — *meliore jure bonam philosophiam desideres in antiqua illa opinione, quod stuprum violentum in virginem furiosam aut dementem committatur. Ajunt nempe, eam qui consentire non possit, vim pati. Debebant vero ex recta ratione nosse, eam etiam dissentire non posse, atque adeo, ut* Ulpianus *in l.* 3 *de regulis juris rectius philosophatur, nec nolle nec velle. Itaque veterem opinionem jam diu deseruimus.* Lo stesso insegna allo *Specimen* 581, *medit.* 25,

in proposito della impubere. E ciò che trovo più specialmente notevole si è che fra i confutatori di Carpzovio può noverarsi lo stesso Carpzovio il quale nell'altra sua opera intitolata *Iurisprudentia (pars 4, constit. 26, def. 1)* ammette che lo stupro della mentecatta debba punirsi con la sola fustigazione, limitando la pena di morte alla sola ipotesi che anche contro la mentecatta siasi adoperata vera e propria violenza fisica. È vero che anche colà persiste nella pena capitale per lo stupro *(constit. 31, def. 3)* della bambina: ma si limita a fare la ipotesi di una bambina di uno o due anni. Ma in tale ipotesi poco vi vuole a comprendere che non concorre neppure il consenso *naturale* e che la superiorità delle forze fisiche costituisce la vera e propria violenza fisica. Non solo ci è differenza fra la infante e la mentecatta, ma vi è differenza sostanzialissima anche fra la infante che subisce passivamente la forza del violentatore, e la impubere che per curiosità o malizia precoce concorre intellettualmente e fisicamente alla propria deflorazione. La scuola francese applicò a questi casi la nozione della *presunta seduzione*. Nè mancò anche in Italia chi rilevò l'errore della parificazione: Cremani *lib. 2, cap. 6, art. 2, pag. 320* — ivi — *tertium stupri genus est veluti medium inter violentum, et voluntarium, quod refertur ad menteeoptom, dormientem, out infantem, cuius non est velle, aut nolle. Sunt enimvero qui hujusmodi stupra inter violenta recensent propterea quod in eo deest stupratae voluntas. Absentia tamen voluntatis ex porte unius illico ex porte alterius violentiam minime evincit, quae sane non intelligitur, nisi ex actis externis se prorsus nolentem, et repugnantem ostenderit. Quapropter quod in mentecaptam susceptum est, stuprum* INVOLUNTARIUM *nuncuparem, ac voluntario quidem asperius, mitius tamen stupro violento punirem; quia per illud honestorum personarum securitas non tam audaciter laeditur quom per stuprum cui vis adnectitur:* e una speciale dissertazione intitolata *de poena stupri cum puella immatura* compose

Marco Torre nell'anno 1754 a dimostrare non doversi punire come violento lo stupro nella bambina superiore ad anni sette. Nella penisola Iberica sembrò pure si usasse la parificazione per ciò che insegna il Mellio *instit. jur. crim. lusitani tit. 4*, §. 16, ove cita il Caldas *od l. si eurotorem C. de in integr. restit. verbo sua focilitate, n.* 60. Vedasi anche la dissertazione di C. G. Schmid *de stupro in mentecaptom commisso*, e *Responsa Tubingensia vol.* 9, *resp.* 13. Modernamente la dottrina dell'Hommel si è sostenuta dal sommo Gluck *opuscula juridico vol.* 4, *pag.* 107 — ivi — *In easu vero posteriori stuprum nec voluntarium nec violentum dicitur, quale habetur illud, quod dementi, out dormienti, out summe ebrioe, aut puellae impuberi nulla vi adhibita illatum est.* E a *pag.* 110. — *Quod ita est impromptu, ut res disputatione non egeat.* Il quale ne eccettua soltanto il caso di femmina che già siasi pertinacemente ricusata, e che dallo amatore siasi appositamente renduta ebra al fine di comprimerla. Infatti è evidente che il dissenso della stuprata è antecedentemente cognito allo stupratore, e che questi adoperando il narcotico come mezzo fisico per vincere quel dissenso si hanno i termini della *violenza fisica* vera e propria: come a suo luogo vedremo.

§. 1492.

A me parvero sempre esagerati gli argomenti di coloro che caldeggiarono il sistema dell'adequazione. Ed altrettanto mi parvero gagliarde le ragioni degli oppositori, in special modo applicate alle ipotesi della demente e dentro certi limiti anche della impubere. Io non dirò con l'Hommel che negare agl'impuberi (1) la facoltà di *non volere* una cosa sia lo stesso che contradire al senso comune. Dirò bensì che tra l'inganno con cui s'illaquea una

mente inesperta e debole, e la violenza con cui si comprime una volontà renitente vi è differenza morale. L'animo del colpevole può illudersi sull'apparenza di consentimento, e credere di non far cosa spiacevole usando del sesso. L'animo del colpevole che adopera una violenza non può non essere conscio in tutta la sua brutta chiarezza del patimento che arreca alla creatura da lui compressa. E qui richiamando un principio giuridico che io tengo come saldo ed ineluttabile nella materia della quantità dei delitti, aggiungo che, vogliasi o no, anche sotto il rapporto primario della lesione del diritto vi è tra caso e caso una disparità che non può disconoscersi dalla giustizia distributiva. Chi usò la forza brutale contro una giovinetta, o contro la demente che invano resistevano, troppo fece di più nella via del delitto: all'abuso carnale che ebbe a comune con l'altro, aggiunse una serie di atti ulteriori che per loro stessi costituivano un materiale di delitto, e che per loro stessi esaurivano la violazione di un diritto ulteriore. Onde la equiparazione delle due imputazioni è repugnante ai principii. Richiamare il caso dell'abuso della impubere e della demente ai termini dello *stupro con seduzione presunta*, anzichè ai termini della *violenza presunta*, sembrami che da un lato meglio risponda alla verità delle cose; e meglio dall'altro lato risponda ai bisogni di una giusta proporzione di pene.

(1) È una singolarità meritevole di osservazione che dove lo stupro in femmina viripotente era punito di morte, i dottori insegnavano in base alla legge *si quis aliquid* §. *nondum ff. de poenis*, che se lo stupro violento era caduto

sopra vergine impubere non doveva applicarsi la pena di morte ma la relegazione. Tale era la dottrina del Cuneo e del Signorolo riferita da Carerio *practica fol.* 205, *tergo, n.* 10 — Grammatico *decis* 22 — Guido Papa *decis.* 355 — Vivio *decis.* 299, *n.* 15. Così la non viripotenza della vittima era circostanza aggravante nello stupro non violento, ed era circostanza diminuente nello stupro violento. Tali erano le conseguenze dell'odio contro la pena di morte.

§. 1493.

A mostrare poi la futilità del broccardo che servì di base alla dottrina della equiparazione, spontanee occorrono ulteriori considerazioni. Infatti se l'argomento del Carpzovio e dei suoi segnaci fosse logicamente retto, e giuridicamente vero, esso dovrebbe correre in tutti i casi. Su qnesto pnnto io non mi rimnovo dalle convinzioni mie. Se il giure penale è un'arte empirica gettiamo la penna, e cessiamo di meditarne gli arcani principii che come tale non ha: ma se il giure penale è una scienza, e vogliamo mantenerlo a cotesta sna altezza, esso deve avere dei principii; e questi non possono riconoscersi come veri, quando non sono accettabili in tutte le loro logiche deduzioni, perchè la verità è una, e sotto ogni sua forma deve risultare verità. Ora se l'incapace di consentire deve tenersi come rennente, *qui velle non potuit noluit,* se il far cosa a danno di persona demente o impubere deve tenersi come accompagnato da violenza indnttiva, e se la violenza induttiva, eqnivale per gli effetti giuridici alla *violenza vera;* io dimando perchè non si punisce come reo di *furto violento* chiunque toglie

una gemma alla bambina o alla demente, anche quando queste per insipienza loro non oppongono resistenza? Io vorrei che i sostenitori della parificazione rispondessero a questa dimanda. Perchè il furto riceve così grave qualifica dalla violenza? Perchè così grave qualifica riceve dalla violenza lo stupro? Evidentemente perchè nella violenza adoperata come *mezzo* per giungere al fine sia della libidine sia dell' avidità, si estrinseca la violazione di un diritto prezioso, quello cioè della libertà individuale. Non credasi che la qualifica del furto violento o dello stupro violento, abbiano la loro ragione nella offesa recata alla personalità fisica per codesto mezzo. Tale idea non può accettarsi perchè la violenza qualifica sì l' uno come l' altro caso tanto se essa è morale quanto se è fisica. Le lesioni recate al corpo nell' uso di questo secondo modo di violenza potranno essere un' accidentalità che aggravi il fatto speciale: ma non sono condizioni inerenti alla essenza della qualifica. Lo stupro ed il furto sono qualificati dalla violenza anche dove questa fu semplicemente *morale*. Laonde essendo intuitivo che chi brandì uno stile minacciandomi di morte se a lui non dava la cosa mia, niente offese la mia integrità personale, come in niente la offese colui che brandì lo stile per costringere la femmina a rendersi passiva delle libidini sue: sì l' uno che l' altro recarono lesione col mezzo adoprato ad un diritto differente da quello della integrità personale; recarono lesione al diritto della libertà individuale; ed in questo soltanto sta la oggettività e la essenzialità della violenza. Se pertanto la libertà personale della donna demente si ritiene come vio-

lata a ragione della sua incapacità giuridica a consentire quando fu indotta spontanea agli abbracciamenti amorosi, perchè non dovrà dirsi ugualmente violata la sua libertà personale quando fu indotta a dare all'avido speculatore il prezioso monile? Ma in questo caso non si sogna di ravvisare nel furto commesso a danno della demente la qualifica della viôlenza; e soltanto vi si ravvisa una *frode*, imputabile per lo inganno nel quale fu maliziosamente irretita quella infelice inconscia del valore della cosa che dava. In questo senso si procede comunemente dai giuristi e dai legislatori sebbene alcuno di questi abbia voluto (§. 2124) spingere la dottrina della *vis* presunta anche al furto commesso sopra bambini; e al furto commesso (§. 2217) sopra i dormienti. Lo che se dovrà rispettarsi quando la legge lo abbia voluto con espresso precetto, non potrà mai concedersi alla interpetrazione della pratica nel silenzio della legge. Perfetta analogia esigeva dunque che non di *violenza*, ma di *seduzione* dovesse parlarsi quando la infelice inconscia del pregio dell'onor suo erasi indotta a far paghe le impure voglie dell'uomo. Ma ad avere il furto violento voi non vi contentate della mancanza di *consenso giuridico;* voi esigete di più la mancanza di *consenso naturale;* voi esigete un pronunciato *dissenso* il quale sia vinto dalla forza o dalla paura. Voi dunque vi contradicete. Voi stessi rinnegate quel vostro broccardo sofistico, che chi non è capace di volere vuole il contrario; voi stessi riconoscete che per la definizione della violenza esiste una diversità sostanziale fra la semplice *assenza* di consentimento efficace, e la *presenza* positiva di un dissentimento;

voi riconoscete che dove è stato d'*indifferenza* nel soggetto passivo di un maleflzio vi può essere la criminosità in ragione del fatto stesso, vi può essere l'inganno che abbia procacciato maliziosamente quello stato d'indifferenza; ma non vi è perciò solo la violenza e la offesa all'altrui libertà (1).

(1) In Germania la nozione dello stupro *nec violentum nec voluntarium* ha finito per essere universalmente ricevuta nelle scuole come designazione di una figura distinta dallo stupro violento, e punibile meno gravemente di questo: Berner *Lehrbuch* §. 189, *pag.* 462. E dopo avere questa dottrina trionfato dello errore carpzoviano nel regno della scienza ha compiuto la sua vittoria passando nella legislazione. I codici di Brunsvich e Hannover le dettero il nome speciale di violazione (*Schändung*). Il codice dello impero tedesco ha conservato la nozione al §. 176, *n.* 2 senza darle un nome speciale; l'ha punita *meno* della violenza vera, distinguendo sempre come è dovere fra il caso in cui dal colpevole sia *trovato* preesistente lo stato di mancanza di volontà ed il caso che sia stato da lui maliziosamente procurato: nel qual caso si rientra nella violenza vera come altrove (§. 1517) ho dimostrato. Sente ognuno qual differenza corre nella subiettività del reato fra chi maliziosamente ubriachi una femmina per abusarne poscia carnalmente e chi trovata per accidentalità una femmina già ubriaca si approfitta di quella circostanza per comprimerla. Schütze (*Lehrbuch* §. 75, *pag.* 335, *nota* 11 *in fin.*) osserva doversi in questo ultimo caso valutare come circostanza attenuante lo essersi la donna volontariamente ubriacata da sè medesima.

§. 1494.

Come procedesi poi quando si definiscono gli estremi del delitto di *violenza privata?* È qua che

deve studiarsi e cercarsi la vera soluzione del problema: perchè la violenza qualificatrice di un altro delitto non può essere che la violenza costituente in sè un delitto *sui generis,* quando non fu usata per servire di mezzo ad altro fine colpevole. Se la incapacità di consentire per gli effetti giuridico-penali equivale al dissenso, per qual motivo a costituire il delitto di violenza privata si richiede *l' uso della violenza vera?* Dovrebbe dirsi che chiunque persuase un giovinetto od un demente a fare una qualche cosa che a lui fosse nocevole, e procurasse all' altro un vantaggio, è sempre responsabile di violenza privata, perchè ha fatto cosa contro il dissenso altrui. Del pari la *ragione fattasi* quando si esercitasse a danno di un mentecatto dovrebbe sempre dirsi ragione fattasi con violenza, se in faccia alla legge penale la mentecattaggine dell' offeso fosse criterio di violenza induttiva, e se la violenza induttiva dovesse ritenersi per gli effetti penali identica alla violenza vera. Di più se una verità e non un sofisma, fosse la negazione implicita che gli avversari fanno della differenziale tra *potestà di consentire* e *potestà di dissentire,* si andrebbe nientemeno alla conseguenza che la violenza privata sarebbe un delitto impossibile in ciò che si operasse a danno di un mentecatto. Assurdo manifestissimo. Ma se il mentecatto non è capace di valido *consenso giuridico* è però capace di *consenso naturale,* ed è capacissimo di *dissenso.* Laonde voi in un' accusa di violenza privata che affermate commessa contro un giovinetto o contro un mentecatto, cercate se costui fu o no *costretto a fare* contro sua voglia: dunque il *costringimento* della volontà lo ritenete a tutta ra-

gione possibile anche sopra un mentecatto. Dunque l' asserta incapacità di volere è nel demente e nel giovinetto una verità relativa ma non assoluta. Sta bene che il demente non sia un essere moralmente libero, e perciò ai fini civili la sua volontà sia nulla; sta bene che anche ai fini penali egli sia irresponsabile perchè incapace di volontà razionale. Ma sarà egli perciò *incapace di diritti?* Sarà incapace di libertà naturale? Se lo negate non avete più base a punire come fate le offese che dite arrecate al suo diritto ed alla sua libertà: se queste offese sono possibili, una libertà almeno animale bisogna che la riconosciate anche in lui; bisogna ammettiate che certi atti possono essere eseguiti secondo il suo appetito e con sensazione di piacere per lui, e certi altri possono essere eseguiti contro il suo appetito e con sensazione per lui di dolore. E ammesso ciò come potète disconoscere nel calcolo della imputazione siffatta notabilissima diversità; come potete dare identico valore ad entrambo i casi?

§. 1495.

Finchè al consenso del soggetto passivo vuol darsi un effetto giuridico starà bene che il consenso dell' incapace non sia consenso giuridico, e perciò non sia operativo di tale effetto. Così il concubito con la demente sarà giustamente dichiarato delitto, perchè ciò che distingue il delitto dal peccato in codesta materia è appunto il consenso del soggetto passivo. Lo stupratore per dire peccai ma non commisi delitto perchè non lesi il diritto di chi ne consentiva l' alienazione, ha bisogno di potere allegare

il consenso valido e libero della stuprata; e questo non può fare dove quella è incapace di valido consenso. L'abuso della incapace sarà dunque a tutta ragione imputabile come vero delitto. Ma quando l'accusa vuole presentare quello stupro come qualificato dalla violenza, essa alla sua volta ha bisogno di mostrare il *dissenso* della stuprata vinto dalla forza fisica o morale dell'uomo, nel che sta la essenzialità della violenza. Non le basta allora a tal uopo la sola indifferenza, o la inettitudine giuridica del consenso nel soggetto passivo; la quale come non è abile a costituire la qualifica della violenza nel furto, nella ragione fattasi, e simili, così non può essere abile a costituirla nella fornicazione. Si confuse dunque con questa dottrina ciò che rendeva politicamente imputabile il commercio con donna libera con ciò che lo rendeva notabilmente qualificato per la violazione pedissequa di un ulteriore diritto oltre la pudicizia individuale. Io ritengo pertanto che sotto il punto di vista della scienza lo abuso della demente e dell'impubere eseguito senza segno di resistenza per parte loro, debba dirsi piuttosto criminoso per seduzione presunta anzichè per violenza. Se il legislatore crede dovere adeguare l'un caso all'altro nella penalità potrà essere tacciato di severità ma non di errore. Di errore però merita taccia quando identifica nella nozione i due casi.

§. 1496.

Non sembri audace questa ipotesi di una legge penale che adegui nella penalità lo stupro per seduzione allo stupro violento. Ciò parrà inaccettabile

in faccia ai costumi odierni, larghi spesso di tolleranza verso gli artifizi maligni per quanto perniciosissimi, ed intolleranti sempre verso quanto procede da un sopraffare di forza. Ma non ovunque si è pensato così. Solone proclamò francamente doversi con severità maggiore reprimere lo stupro per seduzione che non il violento: perchè se questo contamina il corpo della donna compressa, quello vizia ad un tempo e l'anima e il corpo. La quale sentenza vale a mostrare come tal volta lo spiritualismo dei greci, quantunque pagani, si elevasse altrettanto quanto spesso si abbassa il materialismo di noi, quantunque cristiani. Di vero, cosa ha dessa in sè guardata la violenza, per cui debba di tanto considerarsi maggiore la sua criminosità, che non quella della frode? E l'una e l'altra fecero ugualmente un abuso di forza. Con la violenza il gagliardo abusa della forza corporea a pregiudizio del debole; con la frode abusa l'astuto della forza intellettuale a pregiudizio del credulo. Entrambo idonee nei congrui casi a raggiungere il pravo fine: entrambo sotto il punto di vista soggettivo ugualmente scellerate, e spesso più freddamente calcolata la frode che non la violenza: entrambo sotto il punto di vista oggettivo ugualmente nocevoli. La vittima dell'uno è immolata ridendo. La vittima dell'altro è immolata tremante. Ma ambedue sono immolate, e la vittima della frode benchè più tardi conscia del proprio danno non per questo lo risente minore, o meno doloroso: nè la vittima fu meno vittima perchè non soggiacque resistente e spossata dopo inutile lotta, ma porse alla scure il collo coronato di fiori, e spirò fra cantici e suoni, inebriata di olez-

zanti profumi. Nè la difesa della pudicizia è da augurarsi più felice contro una insidia perfidamente tessuta, che non contro l'assalto di forza brutale, spesso resa impotente per causa del suo stesso furore. Eppure chi oggi dicesse che un furto violento benchè non seguito da personale danneggiamento e benchè con perdita di poche centinaia di lire, non debba punirsi di galera o casa di forza, e che debba al contrario punirsi con più di rigore una frode che rovinò fino alla miseria una infelice famiglia; parrebbe proferisse una bestemmia iperbolica nella scienza legislativa. Ma pure la frode nello stupro riesce egualmente alla lesione del diritto; se non che forse in quella è più sicura la riuscita e meno rischievole il cimento, e perchè il seduttore non corre altro rischio tranne quello del non riuscire, mentre il violentatore corre eziandio pericolo di salute e di vita. E pure il pregiudizio dei tempi nostri permette che si riverisca come onorabile il cittadino seduttore fortunato, e guarda come infame il violentatore! Tale e tanto è il fascino della ipocrisia e delle leggiadrie mefistofeliche con cui si abbiglia la figura di satana. Non mancano però neppure nei tempi meno poetici monumenti giurisprudenziali che pronuncino codesta verità da me accennata, potersi talvolta lo stupro frodolento (1) punire con maggior severità del violento. Questa tesi propugnò Chassaneo nel *cons. 40, n. 6*, e trovo nel Leyser (*specimen 581, medit. 9*) un giudicato che argomentando dalla *l. 1*, §. *3. ff. de servo corrupto* dichiarò essere a condannarsi come più grave reato dello stupro violento, uno stupro che risultava commesso con frode accompagnata da non

ordinaria nequizia. Perchè dunque non dovrà servirsi al tempo stesso alla giustizia ed alla verità delle cose castigando lo stupro della impubere ancor più (se così piace) che se fosse violento, senza bisogno di mentire dichiarandolo violento quando violento non fu?

(1) Tutto il pericolo di questo modo di vedere s' incontra quando il rigore si voglia estendere alla *seduzione semplice*, per la facilità con cui le femmine allegano sempre di essere state sedotte, mentre le poverine furono invece bene e meglio le prime a cercare e desiderare. Il Giuliani (*vol.* 2, *pag.* 372) con fino criterio distinse come due fasi separate in questo delitto la *frode* e la *seduzione*. Ciò che dicesi intorno alla convenienza di rigore nello stupro *fraudolento* si adatta al caso in cui esso sia stato procacciato dall' uomo con artifizi e raggiri valevoli a costituire mutando obiettivo il vero delitto (§. 2341) di frode; e bene può adeguarsi a tali artifizi la scelta di una fanciulla impubere o mentecatta. Ma troppo si correrebbe se uguale rigore si adoperasse contro la *seduzione semplice*, quella cioè accompagnata dalle arti comuni, dalle ordinarie espansioni; dalle promesse di nozze, ed altri simili modi che sogliono adoprarsi da ogni giovine desideroso di guadagnare il cuore di una donzella. Chi allega di essere stato ingannato meramente per le *parole altrui*, fu ingannato perchè volle esserlo.

§. 1497.

Ma d' altronde qual' è la genesi di cotesta teorica della violenza presunta sulla impubere e sulla demente? Fu un pensiero legislativo quello che primo la dettò? No. Fu la pratica che non potendo fare la legge, ma dovendo interpetrarla, ebbe necessità di

ricorrere (qui come altrove) ad una finzione. Erasi stuprata una impubere senza violenza. Il caso era grave, ma la legge non permetteva s' irrogasse pena condegna, se non era violento. Bisognava dunque mentire al vero, andare all' iperbole, adeguare al caso vero il caso finto; e così fu fatto. Ma i nuovi legislatori non avevano il bisogno dei pratici di fingere: essi avevano balia di disporre che lo stupro della impubere benchè non violento si punisse alla pari o più di quello con seduzione in femmina adulta; o se veramente violento si punisse più severamente del simile caduto su questa, come meglio piaceva loro. Perchè dunque portare la finzione nei dettati legislativi? Certe finzioni che furono e sono tollerabili nell' interpetre disdicono al legislatore, che ha piena potenza di contemplare il caso come caso vero e non come caso finto. E se egli per deferenza alle abitudini forensi pone la finzione sul trono destinato alla legge, scorda il proprio dovere e i proprii attributi; e dimenticando di aver cambiato il batolo nello scettro, avvilisce se stesso mostrandosi trepidante di parlare a fronte levata. Il celebre *quasi* che fu tanto buono al giureconsulto non è buono a niente per il legislatore. Per lui non fa mestieri di quasi, non di analogie, non di sottilità ermeneutiche. A lui sta nuda dinanzi la verità ontologica: e secondo questa può e deve definire i singoli reati, le singole cose, e i singoli fatti giuridici. Abbia gagliarda coscienza del potere e del debito del suo ministero, e bandisca una volta dai codici queste reliquie.

§. 1498.

La dottriua carpzoviana rimane peraltro tuttora conservata in molti codici contemporanei; e non se n' è emancipato neppure il codice Toscano. Il codice Sardo (art. 490) vuole che si punisca come stupro violento quello commesso sulla mentecatta, e quello commesso sulla minore di anni dodici. Lo stesso dispone (articolo 283) il codice Toscano Io ho detto già le ragioni per le quali (concordando com'è dovere in un aumento di penalità) opinerei che tanto il caso della impubere quanto il caso della mentecatta dovessero assimilarsi piuttosto alla *seduzione* che alla *violenza:* e fin qui potrebbe non esser questione che di nomi e di definizioni. Ma io faccio ancora questione di penalità: perchè se ammetto che lo stupro della impubere e della demente debba punirsi più dello stupro con seduzione, non ammetto che debba punirsi alla pari dell' abuso commesso con vera violenza, o fisica o morale. L' art. 281 del codice Toscano punisce con la casa di forza da quattro a otto anni la violenza vera in donna adulta: punisce con la casa di forza da quattro a otto anni lo stupro della impubere senza violenza vera: e punisce ugualmente con la casa di forza da quattro a otto anni la violenza vera esercitata sopra una impubere o sopra una demente. Dov' è la giustizia nello equiparare la pena dei primi due casi a quella del terzo? Si dirà forse che i giudici nei primi due casi non applicheranno mai il massimo, per tenerlo in serbo al terzo caso? Questa non è che una ipotesi, che si doveva rendere

dalla legge una certezza. Ma il codice Toscano almeno è stato logico: esso ha potuto presumere all'art. 283 nella minore di dodici anni l'assoluta mancanza di coscienza, perchè già all'art. 36 aveva dichiarato nella minore di dodici anni l'assoluta mancanza di coscienza, proclamandone impossibile la responsabilità penale. Non è però logico il codice Sardo, perchè mentre all'art. 490 ritiene come presunzione *juris et de jure* la *mancanza di coscienza* della minore di dodici anni, per il fine di punire come violento l'uso carnale di lei; lo stesso codice all'art. 89 ammette la *possibilità di coscienza* nella minore di dodici anni per il fine di punir lei di un delitto che abbia commesso. Contradizione palpabile. Il giudice sardo dichiarerà oggi che una ragazza di undici anni agì con discernimento, e le applicherà la pena del lenocinio di cui era accusata: e dopo un mese lo stesso giudice dichiarerà che quella stessa ragazza non è capace di discernimento, per punire come violento l'uomo che si è valso di lei con sua piena adesione. Chi non vede la incoerenza che pone in urto quei due articoli l'uno con l'altro. Il codice Francese del 1810 aveva affatto rejetta la equiparazione carpzoviana (1). Nelle riforme portate su questo codice, il nuovo art. 331 obbedisce al bisogno della repressione punendo con la reclusione l'attentato al pudore commesso contro un minore di tredici anni: ma obbedisce ancora alla verità delle cose, riconoscendo che dove non ricorra violenza vera, tale attentato si ritiene commesso *senza violenza;* e di più obbedisce alla giustizia distributiva nel nuovo art. 332 elevando la pena ai lavori forzati a tempo quando l'attentato

al pudore sia commesso con violenza vera. La ultima legge di Francia è a parer mio molto migliore dei due codici Italiani; così sotto il punto di vista delle nozioni, come sotto quello della distribuzione della penalità.

(1) In Francia sotto il codice del 1810 che puniva all' art. 331 l' attentato violento al pudore con la pena della reclusione estesa fino alla galera a tempo se la vittima era minore di 15 anni (art. 332), era unanime la dottrina e la giurisprudenza nel senso che l' attentato al pudore commesso sopra lo impubere senza il concorso di violenza vera non incorresse nella censura di quell' articolo: Cassazione 18 aprile 1822. Cosicchè in questo periodo di legislazione la dottrina della violenza induttiva non aveva nessun credito in Francia. Nella riforma del 28 aprile 1832 si modificò sotto molti punti di vista il conciso dettato del vecchio articolo. Si distinse lo stupro violento dal semplice attentato al pudore, punendo il primo coi lavori forzati da cinque a venti anni e l' attentato violento al pudore con la reclusione da cinque a dieci anni. Poi prevedendo il caso che il delitto cadesse sopra una persona minore di quindici anni, si valutò questa circostanza come aggravante (sempre però nel concorso della violenza vera) elevando in cotesto caso la pena dello stupro violento a venti anni di galera, e quella dell' attentato violento al pudore alla galera da cinque a venti anni. Ma il nuovo articolo 331 del 1832 stabilì che si punisse con la reclusione qualunque attentato al pudore commesso SENZA VIOLENZA sopra una persona minore di undici anni. E in tal guisa la teorica della violenza induttiva potè dirsi in Francia uccisa per sempre; perchè non più reietta soltanto in virtù del silenzio della legge o dell' argomento a contrario; ma reietta *esplicitamente* dalla lettera della legge, la quale in aperti termini prevede che possa esservi un attentato *non violento (sans violence)*

sul minore di undici anni. Così la riforma del **1832** seppe riparare ad una lacuna contro la quale protestavano le necessità della giustizia e la tutela delle famiglie, senza bisogno di dire una falsità pel fine di punire o di creare un titolo di delitto costruito sopra una iperbole o sopra una similitudine; cose tutte che sono buonissime per la poesia. Al seguito di ciò la giurisprudenza di Francia continuò a decidere che l' attentato commesso sopra un fanciullo che versava nell' età fra gli **11** e **15** anni non era punibile se non risultava la concomitante della violenza vera; e che l' età al disotto delli undici anni per l' art. 331 (cioè in mancanza di violenza) era circostanza *essenziale* del reato e non soltanto aggravante; mentre l' età al disotto di undici anni nel caso dell' art. 332 (intervento di violenza vera) non era circostanza essenziale ma soltanto aggravante, stando in cotesto caso la essenzialità del reato nella violenza. Si vedano i giudicati della Cassazione **23** luglio **1836**, **23** settembre **1837**, **4** marzo **1842**. La distinzione fra contaminazione della ragazza impubere commessa con *violenza fisica* e senza *violenza fisica*, si valutò anche dagli Statuti Criminali dell' Engiadina al **§**. **84**. Questi statuti pubblicati nel **1841** sono un vero codice Criminale che non merita di essere dimenticato nello studio delle legislazioni penali contemporanee. A mostrarne il concetto scientifico basti ricordare che reietta la classazione dei reati desunta dalle *pene*, all' articolo **1.°** stabilisce come criterii che distinguono i diversi reati la *importanza del diritto leso* e la pravità della intenzione. Un saggio singolare del civile sentire di quella popolazione si rileva dal **Martin** nella sua *Svizzera Pittoresca a pag.* 148 — ivi — *Nell' Engiadina, quando un uomo ingiustamente accusato di un delitto è stato riconosciuto innocente con una sentenza del giudice, tutti gli abitanti del paese si radunano per vederlo uscire di prigione, ed una fanciulla gli offre con solennità una rosa che si chiama la rosa dell' innocenza.*

§. 1499.

Trovo peraltro una differenza sostanzialissima nella ipotesi dell' abuso che siasi fatto di donna ebra o dormiente. In questo caso non veggo difficoltà a riconoscere i termini della vera violenza ove vi siano prove sicure del dissenso di lei. Qui abbiamo infatti da un lato una donna dotata non solo di volontà animale, ma anche di volontà giuridica; la quale a suo dispetto fu resa passiva delle impure altrui voglie; e in ciò abbiamo il primo elemento della violenza cioè il pieno *dissenso* del violentato, oggettività che manca affatto nella ipotesi della demente e della impubere che annuirono. Abbiamo inoltre per l' altro lato l' uso di una *forza materiale* diretta a vincere cotesto dissenso, nel che si concreta l' elemento soggettivo della violenza. Cotesta forza materiale è quella naturale del sonno, o quella artificiale del vino o dell' etere; le quali sia che fossero poste in azione dalla malizia dell' uomo, sia che poste essendo accidentalmente in azione egli ne approfittasse, sempre a tutta giustizia si portano a suo carico e responsabilità; poichè egli desideroso d' impacciarsi disonestamente con donna la quale sapeva essere ai desideri suoi decisamente contraria, fece *strumento* delle proprie libidini quelle forze materiali che agendo meccanicamente sulla vittima, le resero impossibile la resistenza. È perciò che avendo in codeste due ipotesi una volontà vinta, e vinta da una forza materiale, è ben dovere che vi si trovino esauriti gli estremi della violenza. Non così negli altri due casi nei quali

il dissenso positivo della femmina non si certifica dall' accusa, nè si può additare alcuna forza materiale che abbia superato tale dissenso. Qui potrà esservi inganno; potrà esservi seduzione, ma non vi è movimento alcuno di forze meccaniche costringenti il corpo; il quale concorse col seduttore all' azione per impulso proprio, senza che questi esercitasse abuso di forza morale costringente l' animo della vittima ad un atto che le fosse repugnante. Nell' abuso della ebra e della dormiente vi è il dissenso, vi è la forza meccanica che comprime il corpo e rende inerte la volontà; e vi è nell' uomo impudico il dolo speciale della violenza, poichè quelle forze egli pone a servigio del suo criminoso disegno (1). Per questi pensieri io pongo tra le forme dello stupro con seduzione i due primi casi, e terrò parola degli ultimi due come forme della violenza carnale.

(1) Concorda nella mia distinzione il Leyser (*med. ad pandect. sp.* 584, *med.* 24) il quale sebbene come ho mostrato di sopra (§. 1491 nota) energicamente respinga l' antiquata opinione della presunta violenza nello stupro della mentecatta, ammette che possa tenersi per violento lo stupro della dormiente quando consti della anteriore di lei renitenza. E ciò appunto per la ragione altrettanto semplice quanto perentoria, che non può esistere violenza dove non interviene costrizione di una *volontà contraria;* laonde nella mentecatta subagitata per compiacenza di lei non avendosi quella contrarietà di volere, manca l' elemento essenziale della violenza: elemento che invece concorre nella dormiente che prima e dopo il sonno, durante il quale venne tradita, fece manifestazione di cotesto avverso volere.

La unica differenza che intercede fra la mia opinione e quella del Leyser sta in questo che egli sembra esigere

al fine di dichiarare la violenza la precedente interpellazione respinta dalla donzella; lo che evidentemente egli richiede per costituire il dolo dello stupratore ed impedirgli di dedurre che el non conosceva la volontà contraria della donna. Ma a me sembra che non possa spingersi la cosa a tal punto, perchè quando la volontà contraria è accertata poco vi vuole a presumere che l' uomo la conoscesse, poichè aspettò la occasione del sonno a commettere la deflorazione.

§. 1500.

Lo stupro con *seduzione* è dunque (secondo la dottrina ora prevalente e che accettandosi da noi come la più vera servì di base (§. 1482) alla nostra definizione) il fatto che prendesi a contemplare nel presente titolo. Per conseguenza esso ci richiama allo studio di questa circostanza della *seduzione*, la quale oggimai non costituisce una *qualifica*, ma bensì una *condizione* della imputabilità politica dello stupro. La seduzione può essere o *presunta* o *vera*. La seduzione *presunta* può emergere o dalle condizioni del soggetto passivo, o dalle condizioni del soggetto attivo e dai suoi rapporti verso di quello.

La seduzione *presunta* per le *condizioni del soggetto passivo* riscontrasi nei termini della donna imbecille od impubere; a vincere la quale non fa mestieri di quell' artificio od inganno speciale che vedremo fra poco essere necessario a costituire la *seduzione vera;* ma la seduzione esiste pur sempre perchè la debolezza di mente in cui versa la vittima e la sua inconsapevolezza di tutta la importanza del male a cui si conduce, danno bene ragione di rimproverare al colpevole l' artifizio che è consistito

appunto nello approfittarsi di quella debolezza. La donna ha prestato un' apparenza di consenso perchè inconscia del male che faceva, nel modo stesso che inconscia del male fu la donna che consentì per cagione di un inganno costituente la seduzione vera.

§. 1501.

La seduzione *presunta* per le *condizioni del soggetto attivo,* e per le sue relazioni con la donna si riscontra in tutti quei casi in cui l' uomo senza venire ad atti costituenti vera violenza o fisica o morale, abbia abusato di una situazione (1) autorevole che gli dava un certo impero sopra la donna per condurla consenziente alle voglie sue. Ciò si verifica nel tutore che abusi della pupilla, nel padre adottivo che abusi della adottata, nel carceriere che abusi della donna carcerata, ed in altri consimili delicatissimi casi. Quando in simili casi anche per poco ricorra una minaccia di male o un uso di forza, sorgeranno facilmente i termini della violenza vera, e questa sarà più grave in ragione dei personali rapporti. Ma quando l' uomo abbia proceduto per via di semplici allettamenti, non potrà neppure in tali casi andarsi oltre al concetto della seduzione. Tale è la mia opinione per ciò che ho detto testè, e per ciò che tornerò a dire nel titolo seguente su queste specialità.

(1) Il codice delle Isole Jonie (art. 653) fa due figure distinte dello stupro qualificato per *fiducia violata* e dello stupro *violento.* Nella prima circostanza (che esso trova eziandio nel fatto di un capitano di mare che durante il

viaggio abusi di una femmina accolta per il passaggio sul bastimento di lui) ravvisa quanto basta per qualificare lo stupro; ma la pena dello stupro in tal guisa *qualificato* è inferiore (art. 655) alla pena del *violento*. In ordine poi al fatto del capitano di mare espressamente dispone che lo stupro si *presuma* violento, ammettendo però la prova in contrario contro simile presunzione. Questa regola di ridurre la presunzione di violenza in certi casi ad una presunzione *juris tantum* togliendole il carattere di presunzione *juris et de jure*, quando si generalizzi è la sola che possa nella presente materia coordinare la giustizia alla verità dei fatti; ed altro realmente non è se non l'applicazione di un principio che io tengo come fondamentale, vale a dire che in criminale non si possono mai ammettere presunzioni *juris et de jure*. Ma lo stesso codice Jonio al citato art. 653 dimentica questo cardine quando dispone in ordine allo stupro del tutore che egli non possa discaricarsi dalla presunzione di violenza per qualsisia prova in contrario; lo che per opinione mia è esorbitante.

§. 1502.

Per le condizioni del soggetto attivo e suoi rapporti personali si tiene pure come accompagnato da seduzione presunta (e così criminalmente imputabile malgrado il libero consenso della donna) lo stupro che il servo abbia commesso sulla figlia o sorella del suo padrone (1) o il maestro, o l'instruttore sulla persona della scolara, ed io aggiungerei ancora il caso che costituisce quella che i canonisti chiamano *sollecitazione:* vedasi Escobar *de confessariis sollicitantibus* — Chartario *decis. crimin. decis. 12.* In queste ipotesi il reato può facilmente assumere i caratteri di delitto *complesso,* quando nel medesimo venga a calcolarsi non solo

il danno recato alla fanciulla, ma eziandio la offesa fatta ai genitori, la fiducia necessaria dei quali fu perfidamente tradita (2).

(1) Due distinte idee vogliono essere avvertite in proposito dei casi che enumero nel presente e nel precedente paragrafo. L' una idea è quella che nelle relazioni personali di ascendente, tutore, maestro, o servo trova una circostanza speciale per aumentare la pena contro lo stupro quando fu commesso con *violenza vera*. E sotto questo punto di vista la teorica appella alle qualifiche della violenza carnale desunte dalla *persona*, teoria che più specialmente vuole essere richiamata nel titolo seguente. L' altra idea è quella che prescindendo da qualsisia violenza o da qualunque forma di vera seduzione fraudolenta, ravvisa in quelle condizioni personali una costante seduzione presunta: per cui lo stupro tragga dalla qualità delle persone non più i criterii di un' aggravante, ma gli elementi costitutivi la sua politica imputabilità. Queste due idee vogliono essere accuratamente distinte nello studio delle legislazioni. Così la legge toscana del 30 novembre 1786, che puniva anche lo stupro semplice, non poteva considerare queste circostanze personali se non come qualità aggravanti un reato che già era punibile senza di loro: e l' art. 99 elevava contro il servo la pena fino alla galera tanto se lo stupro era commesso sopra la figlia del padrone od altra sua congiunta, quanto se sopra una ospite ricevuta nella sua casa: Carmignani §. 1157. Ugualmente, ma per la ragione precisamente opposta, procedeva il codice Francese del 1810 il quale, non punendo lo stupro se non quando fosse accompagnato da vera violenza, non derogava a cotesta regola neppure a riguardo dell' istitutore o del servo. Cosicchè l' articolo 333 che colpisce dei lavori pubblici a vita la violenza se commessa da istitutori, servi, ufficiali pubblici, o ministri del culto, non fa delle condizioni personali un elemento essenziale della imputabilità, ma soltanto un' ag-

gravante. Al contrario il codice Toscano del 1853 che non punisce lo stupro semplice, quando all' art. 295 vuole si perseguiti criminalmente sotto lo specioso titolo di *quasi incesto* il tutore o il padre adottivo che abbia abusato della pupilla o dell' adottata, evidentemente trae dalla qualità personale non più l' aggravante ma l' elemento della imputabilità di un fatto che altrimenti non avrebbe considerato come delitto. Del pari mentre il codice Sardo all' art. 491 della condizione di servo od avente autorità non faceva che una qualità aggravante dello stupro violento, il codice Sardo Napoletano con le aggiunte portate all' art. 490 venne a fare della condizione di istitutori, direttori, tutori o carcerieri una circostanza costitutiva, che rende punibili anche quei fatti i quali per le disposizioni generali non lo sarebbero stati in altre persone. Ho detto che secondo l' art. 295 del codice penale Toscano la qualità di tutore o padre adottivo è condizione *essenziale* e non già *aggravante* del reato. Tale è la opinione che (per quanto io conosco) ha fin qui prevalso nei tribunali toscani; e che con solidi argomenti si sostenne dal Puccioni nel suo *Commento* all' art. 295. Taluno pretese al contrario che l' art. 295 non presentasse che un' aggravante dell' art. 298: lo che portava a dire non potersi punire il tutore per l' abuso fatto della pupilla se non quando ricorresse una delle tre circostanze dell' art. 298 cioè; o la seduzione straordinaria; o la promessa solenne di matrimonio, o l' età inferiore ai 16 anni. Ma questo assunto a me parve tanto insostenibile che declinai la difesa in quei casi nei quali avrebbe fatto mestieri di sostenerlo. Non solo è evidente (come avverte Puccioni) che il legislatore toscano nell' art. 295 volle (poco importa se bene o male) definire una speciale forma d' *incesto*. Ma di più sarebbe veramente anormale che la legge definisse il delitto qualificato prima di avere definito il delitto semplice. E finalmente la parola *abuso* (quantunque poco felice) rivela chiaramente che il legislatore nell' art. 295 volle esprimere un concetto

più largo e incondizionato di quello che andava a circoscrivere nell' art. 298.

(2) La legge toscana del 1786 puniva con la galera lo stupro commesso dal servo (quantunque senza violenza) per riguardo appunto della tradita fiducia. Ma la giurisprudenza aveva considerato questa gravità di pena come ispirata alla veduta aristocratica d' impedire matrimoni disuguali; e perciò aveva stabilito che la qualifica non ricorresse quando il servo era di condizione presso che uguale al padrone, come avviene nei garzoni dei coloni: **Puccioni** *Saggio pag.* 500.

§. 1503.

La seduzione vera ha nel senso giuridico per suo indispensabile substrato lo *inganno*. La donna che nel volgare linguaggio si chiama sedotta perchè il suo pudore fu vinto dalle preci, dalle lacrime, dalle assidue officiosità e blandizie d' insistente amatore, oppure da impulsi di ambizione, o di avidità, o dalla eccitata esaltazione dei sensi, non può dirsi *sedotta* in senso giuridico. Riconosciuto il principio che la oggettività del delitto di stupro deve trovarsi nella offesa al diritto della donna; e ricordato l' altro principio che essa è libera dispositrice del corpo suo, non è possibile trovare elementi di seduzione se non là dove il consenso della donna rimanga destituto di ogni valore giuridico. E ciò, quando ricorre nella donna la capacità giuridica a consentire, non può verificarsi fuori della ipotesi di un inganno che renda inetto il consenso dell' ingannato a ragione del dolo dell' ingannatore onde quello ebbe causa. La donna che si arrese alla vista dell' oro, od alle preghiere, non può dire che non consentì, e che nullamente dispose del suo diritto: può dirlo

bensì quella donna a cui fu fatto credere una certa cosa che la determinò a consentire, mentre se avesse conosciuto essere falsa non avrìa consentito. Cosi la donzella che aveva aperto le braccia ad uomo che le si appressò notturnamente simulando le sembianze del suo fidanzato potrà senza dubbio dirsi vittima di una seduzione meritevole di essere elevata a delitto.

Questa idea si espresse dal codice Toscano (articolo 298 lett. *c)* con la formula *fraudi di una seduzione straordinaria.* Con ciò distinse la seduzione criminosa dalla seduzione ordinaria consistente in doni, preghiere e simili, che di regola non costituisce delitto tranne quando si eserciti (art. 298, lett. *b)* sopra una fanciulla al disotto di sedici anni; nel qual caso il codice Toscano adotta il concetto della seduzione *presunta* in ragione dell' età della paziente. Ma la criminosità della seduzione anche *straordinaria* si limitò con molto senno dal codice Toscano alla condizione che la donna sedotta non avesse oltrepassato gli anni ventuno. Non definì questo codice quali fossero gli elementi costitutivi di quella che chiamò seduzione *straordinaria;* ma usando la parola *fraudi* mostrò evidente a mio credere che in base della medesima dovea trovarsi l' *inganno,* e precisamente un inganno che si estrinsecasse con modi costituenti la *frode.* Il Puccioni *(Saggio pag. 499)* ne ritrae il concetto dicendo che deve consistere in tale callidità per cui si faccia alla donna comparire lecito l' atto illecito. Ed anche l' antica pratica che distingueva la seduzione straordinaria dalla ordinaria per il diverso fine di aumentare la pena, configurava in un

inganno estrinsecato con qualche materialità artificiosa lo *straordinario* della seduzione: Paoletti *lib. 6, tit. 2, pag. 184*. È falsa però la opinione di taluno che pretende ravvisare i caratteri della seduzione criminosa nella profferta d' ingente somma fatta dal ricco a femmina povera: non vi è ragione per cui debba accordarsi alla donzella che cede per venalità una protezione più energica di quella si accordi a colei che cede per amore. Falso del pari è l' insegnamento di altri (per esempio l' Ursaya *lib. 3, tit. 5)* i quali volevano si adeguasse nientemeno che alla violenza la seduzione consistente nelle *importunae petitiones et preces reiteratae*. Il principio radicale della dottrina è che dove intervenne consenso libero e pieno della donna non vi è delitto, perchè la oggettività del reato non può trovarsi che nella lesione del diritto di lei. Tutte le allettative che influiscono sul consenso non lo rendono giuridicamente inetto se non si congiungono o con una forza coattiva, o con un inganno che sia causa efficiente della adesione, sicchè possa dirsi mancata dove ne mancava la causa. In una parola fra la seduzione straordinaria usata contro la pudicizia individuale e la frode usata contro il diritto di proprietà, evvi perfetta analogia.

§. 1504.

Ho detto di sopra che una forma di stupro meritevole di speciale considerazione per le circostanze eccezionali che lo accompagnano, è quella della *sollecitazione*. Certamente cotesta ipotesi si presenta circondata di molta gravità non solo sotto il punto

di vista morale e religioso, quanto ancora sotto il punto di vista politico atteso l'allarme che desta per la difficoltà di difesa privata in cui versano le famiglie in faccia a seduttori di simil genere. Malgrado ciò io non trovo che la ipotesi suddetta siasi contemplata (almeno esplicitamente) (1) da nessun codice contemporaneo. Meditando le cagioni di tale silenzio non parmi si debbano trovare in altro che nel rispetto alla religione. I legislatori protestanti non provvidero al caso perchè non avevano occasione di prevederlo. Ai legislatori cattolici parve naturalmente brutta cosa che un articolo di legge desse corpo a certi sospetti pregiudicevoli alle credenze popolari. Ma dove la ipotesi si avverasse e la parte querelante insistesse per un procedimento criminale, in faccia al completo silenzio della legge che dovrebbe egli dirsi? Io non credo che il fatto potesse ricondursi sotto il titolo di abuso di autorità nell' esercizio di pubbliche funzioni: credo bensì, come ho detto, che in faccia alla scienza dovesse ritenersi la seduzione presunta; e che in faccia alla legge toscana i giudici potrebbero senza censura ravvisarvi i termini della seduzione straordinaria, e quando il fatto cadesse sovra donna di età minore applicare la relativa penalità.

(1) Implicitamente può dirsi che contempli il caso l' articolo 333 del codice penale Francese, dove fra le qualità personali che qualificano il delitto enumera quella di *ministro del culto*. Ma siamo alla solita osservazione. La qualità in quest' articolo si valuta come circostanza *aggravante* lo stupro violento già di per sè punibile, e non come criterio di per sè solo costituente la imputabilità politica di un fatto che altrimenti non sarebbe stato punibile.

§. 1505.

Altro caso speciale da prendersi in esame è quello dello stupro sopra vergine consacrata a Dio. Gli antichi furono rigorosissimi contro simile fatto (1), ma nel loro rigore evidentemente guardarono alla offesa alla religione più che alla offesa al pudore individuale. Onde era ben conveniente che guardato il reato sotto questo punto di vista la donna sacrata a Dio rappresentasse la figura di delinquente principale, e più severamente si punisse (2) che non punivasi l'uomo il quale era suo complice. Ma ognuno altresì comprende che tale reato, ove sotto cotesto punto di vista si prenda a considerare, non appartiene alla presente classe, ma a quella bensì dei delitti contro la religione sotto il titolo di *sacrilegio* (§. 3274 e segg.) e non è ora il momento di anticiparne parola. In faccia alla nozione moderna dello stupro, che si tiene per delitto allora soltanto quando la donna possa giustamente dichiararsi vittima del reato in ragione della frode o della violenza alla quale soggiacque, la circostanza di che si ragiona potrà tenersi a calcolo come circostanza aggravante del reato di stupro quando esso sia già per altre cagioni elevato al grado di delitto. Ma dove ciò non sia non può la circostanza stessa produrre l'effetto della punibilità dello stupro semplice, come stupro: perchè non ammettendosi oggi la punibilità della donna, ciò condurrebbe all'assurdo di esonerare da ogni pena quel partecipe nella cui persona risiederebbe la qualità costitutiva del supposto maleficio;

e tutta far ricadere la pena sulla persona in cui siffatta qualità non risiede.

(1) Jousse (*vol.* 3, *pag.* 713) disse doversi lo stupro di una monaca punire di morte, argomentandolo dalla *l. si quis non dicam rapere* 5, *C. de episcopis et clericis; et* §. *penult. in Authentica de sanct. episcopis* — Julius Clarus § *fornicatio n.* 17, *et quaest.* 68, *n.* 27, — Farinaccius *quaest.* 146, *n.* 3, 4 *et* 19 — Deciano *in tract. criminal. lib.* 6, *cap.* 2, *n.* 15 — Sanz *de re criminali controv.* 49 — Sperello *decis.* 137.

(2) Gli antichi ebbero in costume di punire con morte esasperata la vestale impudica. I cristiani invece si mostrarono più miti verso la donna e più severi contro l' uomo in cotesto caso. La ragione di tale differenza volle trovarsi dal Deciano e dal Torre (*de stupro, argum.* 43, *n.* 11) in questo che le ragazze il più delle volte essendo costrette a monacarsi *vi, metu, aut importunis precibus, dignae sunt maximo temperamento legum severitatis.*

§. 1506.

Evvi però un caso speciale di seduzione che per la sua frequenza e comodità potrebbe dirsi ordinario, ma che pure in ragione della potente influenza che esercita sull'animo di tutte le donne, per quanto onestissime, è stato riconosciuto anche da parecchi fra i moderni legislatori (purchè accompagnato da certe (1) condizioni) come forma criminosa. Questo consiste nella *promessa di matrimonio*. In faccia a tale promessa non vi è più ragione di distinguere: qualunque sia la età della donna essa ebbe una causa troppo potente al suo consentire nella idea che non si trattasse altro se non di un' anticipa-

zione dei diritti coniugali: e quando essa dice che non avrebbe consentito se non avesse creduto di arrendersi al suo futuro marito, e quando poscia abbandonata si lagna che il suo consenso le fu estorto per inganno, nessuno può impngnare l'asserto suo, quando questo si avvalora della sua precedente onestà. Ma delle promesse di matrimoni ve ne ha parecchie e diverse di forma. Nelle giornaliere occorrenze della vita, ed in specie tra le classi inferiori, il mezzo universalmente usato dai giovani per avvicinare una donzella è quello di parlarle di matrimonio: e troppo sarebbe se ogni vaga promessa di ciò bastasse a costituire seduzione. Già la vecchia giurisprudenza aveva nel silenzio della legge richiesto che la promessa dovesse essere seria; e togliendo il carattere di seduzione alle promesse fatte *aestuante libidine*, a quelle fatte nei momenti della domanda amorosa, a quelle fatte da chi conoscevasi impotente a mantenerle, come il soldato, e con altre simili distinzioni (2) restrinse la troppo facile e frequente allegazione che le dolenti facevano di quella scusa al loro fallire. Ma la civiltà moderna richiedeva che con più esatta definizione la legge togliesse via l'arbitrario da tale argomento. Laonde il codice Toscano (art. 298 let. *a)* richiedendo per questo lato come estremo al delitto, che si siano *contratti solenni sponsali*, e *siasi rotta senza giusta causa* la data fede, bandì per sempre dal foro quel perpetuo ti piglio, ti sposo, nel quale si stringeva tutto il resultato dei numerosissimi processi che ad ogni momento empivano di scandali le sale dei tribnnali. E sebbene la moderna pratica toscana, oscillando sn questo punto, abbia inclinato a dire (3) che

il *contratto solenne* di sponsali non abbia bisogno per essere tale in senso dell'art. 298 della formalità di uno scritto; bisognerà pur sempre che almeno sia tale nelle forme canoniche, e che sia testimoniato per via di testimoni specialmente chiamati a tal fine, in modo da meritare il predicato di *solenne*. Tranne ciò la donna presumesi aver consentito per piacimento suo, e non si ascolta quando si dice sedotta, meno che per altre circostanze o veramente o presuntivamente lo sia.

(1) Singolare fu la dottrina di certi pratici i quali insegnarono che la sola deflorazione bastasse a far presumere la promessa di matrimonio, non sembrando possibile alla monacale esperienza di costoro che una ragazza condiscenda a perdere il suo fiore tranne per amor di colui che considera come suo futuro marito. Cotesta utopia cavalleresca non poteva prender radice nel foro, e rimane fra i monumenti delle singolarità legali. In generalo però anche dove con maggiore larghezza si diede alla promessa di matrimonio un valore giuridico nel giudizio penale, sempre si richiese la prova specifica di siffatta promessa.

(2) Vedasi Cerretelli nel suo *repertorio* alla parola *stupro, nota L. pag.* 664 — Puccioni *comm. art.* 298, §. 6. Osservò Paoletti *(lib.* 6, *tit.* 2, *pag.* 177) e Forti *(conclusioni pag.* 131 *e* 139) che a costituire la solenne promessa di matrimonio basta che tale promessa sia stata fatta dall'uomo alla donna ancorchè questa non abbia a lui reciprocamente promesso altrettanto, perchè il fatto di essersi data in sua balìa esprime sufficientemente la correspettiva obbligazione assunta anche per parte della donna. Certamente cotesta dottrina che mi sembrava assai problematica anche in faccia alla precedente legislazione non può riprodursi sotto il codice del 1853, il quale esigendo una convenzione solenne non permette di prescindere dalla obbligazione bilaterale.

Crederei però ohe anche sotto la moderna legge dovesse aver valore la regola insegnata dai pratici (Puffendorf *observ. juris, obser.* 46) che la promessa di matrimonio deve essere precedente al primo concubito: non bastare che sopraggiunga di poi per indurre la donna a continuare la relazione inonesta, quantunque la promessa sponsalizia abbia preceduto il concubito nel quale avvenne la fecondazione.

(3) È indubitato che fu mente del legislatore nostro del 1853 di richiedere affinchè gli sponsali costituissero la imputabilità politica dello stupro, che fossero circondati da certe speciali solennità. Il Mori così si esprime (*teorica, tit.* 6, *cap.* 2, *pag.* 240, *nota* 1) — *Il nostro legislatore dee aver chiamato solenni gli sponsali nel medesimo senso in cui nel diritto civile vigente si chiama solenne la stipulazione di qualunque altro contratto, fatta* cum solemnitatibus juris. *Per lo che sembra certo che per la sola causa dei precedenti sponsali, non si debba punire lo stupro, se i medesimi non sono stati celebrati alla presenza di testimoni abili e rogoti, e se non sono certificati da un istrumento solenne, cioè pubblico. Altri sponsali non potrebbero giuridicamente ricevere il titolo di* solenni, *tranne forse quelli certificati da un atto privato, firmato dalle parti e da tre testimoni, le cui sottoscrizioni fossero debitamente munite della ricognizione notarile.* Ma come spesso avviene che una legge nuova incontri certe resistenze nei giuristi assuefatti a pratiche differenti, così la giurisprudenza sembrò oscillare e deviare dal concetto tanto nettamente espresso dal compilatore del codice: a tal segno che lo stesso Puccioni parve insegnare nel *Saggio (pagina* 502) la dottrina stessa professata dal Mori; ma, poi nel *commentario al codice (vol.* 4, *pag.* 358) tornò a subire l' influsso delle antiche giudiciali osservanze, ed imprese direttamente la confutazione del Mori. Bisogna dunque confessare che la giurisprudenza toscana nei primi momenti in cui venne ad applicare il codice del 1853 seguitò piuttosto le tradizioni delle leggi abolite che la lettera e lo spirito

della nuova legge vegliante. Il codice del 1853 deve anch' esso considerarsi in questa parte come una transazione ed una transizione.

§. 1507.

Ma anche in questi casi nei quali si è mantenuta la imputabilità politica dello stupro, il medesimo non può perseguitarsi che a *querela di parte:* e ciò per doppia ragione, *giuridica* e *politica*. In primo luogo perchè la donna che per le circostanze esteriori del fatto apparirebbe sedotta mostra col suo silenzio che non lo fu, e che invece agì per desiderio suo. In secondo luogo perchè deve rispettarsi il pudore di una donna che quantunque vittima di una seduzione preferisce nasconderne i resultati; e non arrecarle un secondo male portando a dispetto suo a cognizione del pubblico per le vie di giustizia il suo fallo. D' altronde non evvi in questo reato grande argomento di pubblico allarme per cui debbano spaventarsi i cittadini quando vedono mancata la riparazione dell' oltraggio per volontà e desiderio di chi lo sofferse. Ma su ciò tornerò più in largo al fine del titolo terzo. Gli stessi motivi conducono a rimettere anche la *condanna pronunziata* quando avvenga poi il matrimonio fra la stuprata e lo stupratore.

Uguali ragioni non ricorrono quando vi fu lo spreto apparente del sacramento come nel caso (codice Toscano art. 299) di simulazione di matrimonio. Sul quale art. 299 del codice Toscano vuole essere notato come il medesimo per lo più debba andare congiunto col delitto di simulazione di sacerdozio previsto all' art. 141. Nella quale combinazione

si avrà questo risultamento che il seduttore sarà *autore* del reato previsto dall' art. 299 e *complice* nel reato previsto dall' art. 141 : e viceversa il falso prete sarà *autore* del reato previsto dall' art. 141 e *complice* nella seduzione prevista dall' art. 299.

§. 1508.

Il codice Sardo all' art. 500 non si è dato cura di circoscrivere le condizioni che debbono accompagnare la *promessa di matrimonio* perchè sia abile a costituire la perseguibilità criminale dello stupro, rilasciando in tal guisa la definizione di cotesto estremo all' arbitrio dei giudici (1). Esso però da altro lato ha ristretto la persecuzione criminale più del codice Toscano, non ammettendola a riguardo di donna che abbia compito il diciottesimo anno di età neppure nel concorso di promessa di solenni sponsali, nè nel caso di seduzione straordinaria. Il codice Toscano invece ammette la perseguibilità per *seduzione presunta* a riguardo della ragazza che non ha compito i sedici anni; ammette la perseguibilità per *seduzione straordinaria* a riguardo della ragazza che versi fra i sedici anni ed i ventuno, ed ammette la perseguibilità per *promessa di solenni sponsali* a riguardo di donna anche maggiore di ventuno anni: alla quale ultima configurazione nella redazione definitiva del codice fu aggiunta dopo la parola *inadempimento* la clausula *senza giusta causa* che non si leggeva nel primitivo progetto.

(1) Si considerò come questione assai sottile se quando siasi dall' uomo ottenuta la deflorazione della vergine senza

peraltro poter giungere alla consumazione della copula debba ravvisarsi nel fatto uno stupro *consumato,* o uno stupro *tentato:* vedasi Gerstlacher *tractatus de stupro, pag.* 12 — Torre *de stupro argum.* 5, *n.* 14, 15 — Raynaldo *observat. cap.* 21, *n.* 153 — Carpzovio *jurisprud. for. pars* 4, *constit.* 30, *def.* 4. Il codice Toscano all' art. 298 ha eliminato tale questione, ponendo in lettera la essenza di fatto dello stupro nella *deflorazione;* condizione che esso ripete sempre nei tre casi preveduti con quell' articolo. Ma con ciò egli ha lasciato aperto il campo alla questione inversa di una copula consumata senza resultato di deflorazione. Tutti i medici legali ci dicono possibile questo fatto sia per eccezionale elasticità da una parte, sia per eccezionale esiguità dall' altra parte; e dicono anche possibile in tali condizioni lo ingravidamento. Certamente la mancanza di deflorazione costatata farà in faccia alla lettera del codice Toscano sparire l' elemento del delitto perfetto, e per regola resteremo nei limiti del tentativo. Ma dovrebbe egli dirsi l' istesso quando i medici legali costatassero contemporaneamente l' avvenuta fecondazione, e la mancata deflorazione fisica? Io penso che in questa ipotesi le parole dell' articolo 298 dovessero prendersi in un senso lato e figurativo: e ritenere così il delitto consumato per quanto la vergine non fosse materialmente deflorata nel senso medico-legale. D' altronde parmi che in questo caso oltre il disposto dell' art. 303 fosse per troncare ogni disputa la osservazione che se la fanciulla non fu fisicamente deflorata nell' atto della copula, lo sarà inevitabilmente nel parto, che è pure una conseguenza del fatto doloso dell' accusato. Il codice Sardo all' art. 500 usando la formula *seduce* e *disonora,* invece della parola *deflora,* elimina cotesti dubbi.

§. 1509.

L' art. 500 del codice Sardo si conservò intatto quando venne esteso alle provincie napoletane. Il

Cosentino nel suo *commento (pag. 344)* simpatizzando con la nuova legge più che con le tradizioni del suo paese, disse che il reato non consisteva nell' *atto turpe,* ma nell' *inganno.* La proposizione genericamente è vera: rimane però a vedersi se qualsivoglia promessa costituisca quell' *inganno* che vale a rendere imperfetto il consenso della stuprata. E qui appunto sta il nodo della questione; e ripetendo la regola generale non si scioglie il problema della sua applicazione Il codice Toscano negando alla *promessa non solenne* il valore di rendere punibile lo stupro, non proclama la impunità dell' inganno; ma riconosce che la promessa non solenne ingannò colei che aveva piacere di essere ingannata, e che per conseguenza costei non merita di ottenere all' ombra di simile pretesto la protezione della legge penale. Oltre a ciò bisogna riflettere che adagiando la criminosità dello stupro sopra la presunzione dell' inganno nella promessa, si dà per base alla punizione una *ipotesi,* la quale non rare volte è fallace. Cotali promesse irriflettutamente si fanno dai giovani amanti nella illusione di un affetto e col più fermo animo di volerle eseguite. Poscia sopravvengono le dissuasioni degli amici, i dissensi e le minacce dei genitori, o i cambiamenti di situazione economica, o la cognizione più intima dei danni economici che si incontrerebbero; e per l' una o per l' altra di tali cagioni la data fede si rompe. E non vediamo noi anche i matrimonii di trattativa e di speculazione disciogliersi spesso, quantunque seriamente promessi? Dicendo che la criminosità dello stupro sta nell' inganno, bisognerebbe per logica necessità

ammettere la conseguenza che quando la promessa fu seria e sincera nel suo principio, esulando l'inganno, dovesse cessare ogni politica imputabilità. E ciò bene si vide dai compilatori del codice Toscano quando all' art. 298 aggiunsero quella clausula *senza giusta causa*, che è largamente feconda di resultati per il campo che lascia aperto alla prudenza del giudice. Ma la presunzione assoluta dell'inganno, in qualsisia promessa mancata, è una base fallace della imputabilità. I romani davano per base alla imputabilità dello stupro le diradate nozze; e così ne facevano in certa guisa un delitto contro l'ordine pubblico. Il Giuliani, come ho detto di sopra, trova il momento della criminosità nella violazione del patto, e così converte in delitto l'inadempimento di una promessa. I canonisti trovano la ragione del castigo nel peccato, lo che corre bene finchè si infliggono penitenze canoniche. Noi riconosciamo come solo fondamento della imputabilità politica dello stupro la lesione del diritto individuale, e perciò richiediamo un inganno circondato da tali condizioni da dimostrare come costantemente vera la imperfezione del consenso. Riflettano i giovani su cotesti confronti. La formula *punire lo stupro* si può ripetere da cinque legislatori, i quali nel proferirla procedano da *cinque principii fondamentali* tutti difformi ed anche in opposizione fra loro; e questi cinque principii difformi ai quali risponde l'identico dettato legislativo influiscono energicamente sulle conseguenze nell'applicazione del dettato. Quando il dettato vuolsi stabilire nell'aula legislativa e definirne le condizioni, bisogna pronunziarsi nella scelta, e nettamente

determinare quale è il principio a cui deve ispirarsi. Quando si vuole interpetrare il dettato già pronunziato dal legislatore, bisogna risalire alla indagine del principio al quale ispirossi la mente di quel legislatore; e secondo questo criterio interpetrarla.

§. 1510.

Nel delitto di stupro per seduzione potrà egli procedersi ad un' accusa di *tentativo?* La definizione del tentativo in questo reato è assai difficile anche quando sia accompagnato dalla violenza. Ma dove poi la punibilità si desuma o dalla età, o dalla promessa di sponsali, o dalla straordinaria seduzione, sarà ancor più difficile che praticamente si giunga a costruire la dimostrazione degli estremi di un tentativo punibile, perchè il più delle volte gli atti che dovrebbero costituire il principio di esecuzione sfumeranno in meri atti preparatorii. Che se così non fosse, e se i principii della scienza non facessero baluardo ad impedire molestie senza fine, ogni amoreggiamento potrebbe da un giudice esageratamente bigotto convertirsi in un tentativo di stupro. Pure la configurazione di un tentativo di stupro per quanto rara e difficilissima, io non la credo assolutamente impossibile; credo però impossibile la configurazione del delitto mancato.

§. 1511.

La pena dello stupro renduto punibile dalla seduzione straordinaria, o dai solenni sponsali, o dalla età della ragazza, è pel codice Toscano (art. 298)

la carcere da tre mesi a due anni, e la carcere da due a cinque anni quando vi fu (art. 299) simulazione di matrimonio. Il codice Sardo (art. 500) subordina la punizione dello stupro alla condizione soltanto della promessa di matrimonio e della querela, e lo punisce con multa e carcere fino a tre mesi (1).

(1) La penalità dello stupro da alcuni statuti fu, come ho già notato, elevata ad un rigore esorbitante: e si vide, per la più piccola circostanza che lo aggravasse, portata fino alla morte, quantunque commesso sopra la consenziente. Poscia si ridusse a più miti proporzioni (vedasi Bonfino *in banniment. general. cap.* 6, *n.* 17 — Ludwel *exercitationes pag.* 340, *lit. h)* ed allora una singolare questione agitossi fra i pratici sul punto di sapere se lo stupro dovesse o no considerarsi come delitto infamante.

Il Carpzovio (seguitato da Leucht *Responsa Altdorfina vol.* 2, *resp.* 77, *n.* 15, *pag.* 497, e da altri) tenace nel ritenerlo delitto infamante sostenne che dovesse espellersi dal senato e dai pubblici ufficii l'uomo che si fosse reso colpevole di cotesto reato. È singolare la confutazione che di tale dottrina assume il Mevio *(Jus. Lubec. pars* 4, *tit.* 4, *art.* 1) ove dice che ciò sarebbe a gravissimo detrimento della Repubblica, che resterebbe privata del servigio di uomini insigni. Vedasi Carpzovio *decis.* 17.

Generalmente i codici contemporanei non eccedono contro questo delitto i limiti delle penalità correzionali. E in Germania anche nel passato secolo (così nella Sassonia, *constit.* 27, *pars* 4, come nelle altre province) stante la consuetudine colà vigente d'infliggere il carcere non a *mesi* come da noi ma a *settimane,* si puniva con due settimane il primo stupro, con tre settimane il secondo, e con quattro il terzo, limitando a tre giorni di carcere la punizione dell'attentato: vedasi Bergero *electa juris crim. pag.* 51.

§. 1512.

Nasce finalmente nell' argomento dello stupro una elegante questione in proposito della competenza, quando avvenga che il concubito sia consumato sotto una giurisdizione, ed il parto avvenga sotto giurisdizione differente. Per le regole generali è il luogo del commesso delitto quello che determina la competenza. È perciò, come notammo alla materia dell' omicidio, che se un uomo ferito in una giurisdizione vada a morire in altra giurisdizione, la competenza a conoscere dell' omicidio si mantiene nel giudice del luogo dove avvenne il ferimento; così dovrebbe dirsi che se la donzella stuprata in un luogo va a sgravarsi in altra provincia, il giudice di questa non debba avere facoltà di conoscere del delitto commesso fuori del circondario. Malgrado ciò trovasi dai pratici risoluto il problema in un senso differente: ed in Germania fu generalmente accolta la consuetudine che si avesse come competente il giudice del luogo dove la fanciulla si era sgravata: Puffendorf *observationes tom. 1, obs. 46* — Meister §. 242. La ragione di siffatta specialità volle trovarsi nella difficoltà di accertare il luogo dove fosse commesso lo stupro; e quando cotesto luogo si fosse potuto accertare si ammise comunemente la teorica della prevenzione come modo di dirimere il conflitto. È però da notarsi che in alcuni paesi (Brema, Brunsvick, ec. ec.) invalse la consuetudine che assolutamente escludeva ogni giurisdizione fuori di quella del luogo del parto. Ma io penso che tali pratiche molto s' informassero dal-

la veduta delle indennità al comune cui veniva a far carico il mantenimento della creatura; considerando così la multa a cui condannavasi lo stupratore, come un riparo che ingiustamente sarebbesi percepito dall' altra provincia. Tranne questo scopo speciale io non veggo ragione per cui dalle regole generali che determinano la competenza secondo il luogo del delitto si debba in questo malefizio deflettere, a meno che vogliasi avere un riguardo all' onore della donna accordandole balìa di eccitare la giurisdizione di una provincia lontana dal suo domicilio. Ma sia che vuolsi di tale questione sotto il rapporto della competenza, certo egli è che non può mai preterirsi dai principii fondamentali nel rapporto della politica imputabilità, gli elementi della quale debbono sempre definirsi secondo le leggi veglianti nel luogo del commesso malefizio.

TITOLO II.

Violenza carnale.

§. 1513.

Quando la *conoscenza carnale* è caduta sopra persona *renuente,* ed ottenuta con l' uso di *violenza vera o presunta,* sorge il titolo più grave di *violenza carnale* (1) che è assorbente di ogni altro titolo, per la nota dottrina della prevalenza. Così di questo titolo non è condizione la *libertà* della donna, potendo esso cadere sopra femmina coniugata; nella quale ipotesi il titolo di *adulterio* (delitto di azione privata) rimane assorbito in quello di violenza carnale che ne riceve un aumento di quan-

tità. Così in questo titolo rimane assorbito il titolo di *ratto*, quando sia susseguito dallo sfogo della libidine sulla rapita; nei quali termini il ratto stesso costituisce la prima estrinsecazione della violenza. Ma può indifferentemente dirsi che questa è qualificata da quel mezzo più odioso; come può dirsi che il ratto è qualificato per l'ottenutone abuso: perchè siamo in termini di diritti pressochè equivalenti; è sempre la violenza come mezzo, e la libidine come fine: se non che nel ratto la violenza che servì di mezzo presenta una offesa più pronunciata contro la libertà personale. Ugualmente la pederastia, quando sia caduta su persona incapace per minore età o mentecattaggine di consentire, ma senza il concorso di vera violenza, assume una forma che secondo il modo mio di vedere rientra nel titolo precedente, qualificato dal sesso del paziente, e perciò meritevole di punizione maggiore; ma quando sia accompagnata da vera violenza è naturalmente assorbita nel presente titolo, sempre con aumento di quantità in ragione della nefandezza. Così l'oltraggio *pubblico* al pudore (titolo che troveremo a suo luogo fra i delitti sociali) rimane assorbito nel titolo di violenza e lo qualifica, quando questa sia in luogo pubblico consumata o tentata. Così lo stupro quando concorra alla violenza carnale rimane esso pure assorbito in cotesto titolo, come vedremo tra poco. La essenza di fatto del presente reato si costituisce dai due estremi della *cognizione carnale*, e della *violenza*.

(1) Bibliografia — Gregorio *sintagma pars* 5, *lib.* 36, *cap.* 9 — Harpprecht *instit. lib.* 4, *tit.* 18, §. 4 —

Choveronio *de publicis concub. rubr. de stupro* — Muscatello *de cognitione delict. pag.* 663 — Claro §. *stuprum n.* 3; *et in addit. n.* 36, *et seqq.* — Farinaccio *quaest.* 147, *n.* 22, *et seqq.* — Matthen et Sanz *de re crim. controv.* 52 — Bonfino *in bannim. cap.* 6, *per tot. et in append.* — Dino Licinian. *dec. crim. dec.* 37, *n.* 47, *et seqq.* — Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *const.* 30, *def.* 10, *n.* 6 *et* 7 — Cortiada *dec.* 89, *n.* 20, *et seqq.* — Meister *principia jur. crim.* §. 248 — Koch *instit. jur. crim.* §. 284 — Bergero *oeconomia juris,* 3, 11, 4, *pag.* 612 — Leyser *medit. ad pandect. spec.* 584 — Vouglans *instit. du droit crim. tit.* 3, *cap.* 7, *pag.* 496 — Felde *elementa juris universi, pag.* 271 — Serpillon *code crim. vol.* 1, *cap.* 2, *pag.* 105 — Rousseaud de la Combe *matières criminelles, part.* 1, *chap.* 2, *pag.* 38 — Puttmann *elem. jur. crim.* §. 589, *et seqq. et in adversariorum lib.* 1, *cap.* 9, *pag.* 148 — Boehmero *de rigore jur. in stuprat. violentos* — Lauterbach *disput.* 141, *thes.* 34 — Sorge *jurisprud. foren. t.* 9, *cap.* 44 — Strykio *usus modernus pandectarum lib.* 48, *tit.* 5, §. 16 — Poggi *elem. jurisprud. crim. vol.* 5, *pag.* 28, §. 21 — Cremani *de jure crim. lib.* 2, *cap.* 6, *art.* 2, §. 9 — De Simoni *delitti di mero affetto part.* 2, *cap.* 7 — Carmignani §. 1152 — Armellini *istituzioni di diritto penale vol.* 4, *cap.* 2 — Pessina *trattato di penalità speciale* §. 36.

§. 1514.

La *cognizione carnale* distingue questo reato dal semplice *oltraggio violento al pudore,* di cui terremo parola nel titolo successivo. Ma non è però necessario che la copula sia consumata, perchè si mantenga il fatto sotto la rubrica di violenza carnale: basta che la copula fosse il fine dell' agente

e che gli atti del violentatore non si dirigessero ad un semplice sfogo della propria libidine senza tendere alla consumazione della copula. Così è sufficiente che la conoscenza carnale fosse nel *fine* quantunque non sia stata nell'*evento:* la mancanza dell'evento farà luogo al titolo di *violenza carnale tentata* (1); a discernere il quale dalle mollizie violente, occorrono spesso nella pratica difficoltà gravissime, come altrove dirò.

(1) La violenza carnale si ritiene in genere possibile anche per parte della donna sopra l'uomo. Male peraltro potrà configurarsi una violenza carnale consumata dalla donna sopra l'uomo nei termini di violenza fisica: e perciò i dottori esemplificano comunemente cotesta ipotesi nella *violenza morale:* Carpzovio *pract. crim. pars* **2**, *quaest.* **75**, *n.* **10**, *et seqq.* — Boehmero *ibi, obs.* **2** — Cremani *lib.* **2**, *cap.* **6**, *art.* **2**, **§. 9**, *pag.* **323**. Nella ipotesi della violenza *fisica* il fatto verrà naturalmente a risolversi o in un oltraggio violento al pudore o in un semplice tentativo di violenza carnale. È da notarsi che questo titolo si è dalla giurisprudenza riconosciuto applicabile anche alle violenze esercitate dal marito sopra la moglie quando tendevano ad un fine che usciva dal debito coniugale: Blanche *Cinquième etude n.* **107**. Secondo lo insegnamento di Berner (*Lehrbuch* **§. 190**, *pag.* **464**) nel diritto comune tedesco la violenza che una donna abbia usato sopra di un uomo per costringerlo al concubito non si punisce come *violenza carnale* ma soltanto come *crimen vis.* Anche in Germania peraltro nel diritto moderno si punisce come *violenza carnale* la *vis* esercitata da donna sopra maschio, come lo attesta Casper nella sua *médecine légale vol.* **1**, *pag.* **79**, *Paris* **1862** *edit. Baillière*, dove ricorda di averne testimoniato due casi: l'uno di una istitutrice sopra un bambino di sei anni, l'altro di una madre sopra il proprio figlio

della età di nove anni, e conclude che i dubbi della giurisprudenza anteriore furono eliminati dal §. 144 del Codice Prussiano. La *età* inoltrata della donna violentata non modifica la essenza del maleficio; e lo stesso Casper *(l. c. pag.* 80) ricorda di avere verificato una deflorazione violenta sopra una donna di 68 anni.

§. 1515.

La violenza può essere o *vera* o *presunta*. Già sopra (§. 1499) notai le ragioni per le quali io penso doversi mantenere il concetto della *violenza presunta* nella compressione della donna *ebra* o *dormiente* (1) le quali nella loro volontà decisamente contraria alla contaminazione patita porgono l'elemento *obiettivo* della violenza; come l'elemento subiettivo della violenza lo porgono le forze naturali od artificiali che il colpevole adoperò a strumento della sua malvagità per superare quell'avverso volere. Ed ugualmente spiegai le ragioni per le quali non un caso di violenza presunta ma un caso di seduzione presunta (anche più gravemente punibile della seduzione vera) io ravvisi nella ipotesi della mentecatta e della impubere compresse senza opposizione per parte loro: in queste due ipotesi la violenza manca di ogni oggettività non essendovi volontà contraria da superare; e manca di ogni soggettività, non trovandosi una forza nè meccanica nè morale adoperata a soggiogare la ipotetica avversione della paziente.

(1) In proposito dello stupro dell' ebra e della dormiente gli odierni progressi, non so se io dica delle scienze o

delle arti, hanno fatto sorgere una nuova specialissima ipotesi sulla quale non solo si è discusso in teoria, ma si è eccitata eziandio la cognizione dei tribunali con differenti vicende. Voglio dire la ipotesi del sonno magnetico. Una decisione della Corte di Assise di *Var*, della quale trovo la relaziono nel giornale l' *Italie* del 13 agosto 1865, ha condannato un certo *Castellan* come colpevole di stupro operato con cotesto mezzo, affermandosi che il colpevole avea con atti di magnetismo ridotta in stato d' impassibilità la sua vittima, la quale (è interessante notarlo) dichiarò che in quel suo stato di sonno aveva bene conoscenza di tutto quello si operava sopra di lei, ma non aveva forza di opporvisi. Risultato diverso ebbe la stessa questione quando nel 1862 fu proposta ai tribunali della provincia veneta ed alla Corte di Vienna nel caso che per disteso si riferisce nell' *Eco dei Tribunali* ai *nn.* 1250, 1258, 1261. In cotesto si aveva la differenza sostanziale che la pretesa magnetizzata dichiarava non aver niente sentito e niente essersi accorta della deflorazione operata sopra di lei mentre era in stato di sonno magnetico; e soltanto essersi accorta del male recatole quando ebbe sicuri segni di essere incinta. Al primo giudizio il magnetizzatore fu condannato: ma la Corte Suprema di Vienna credette il caso meritevole di quella più ampia informazione che si ha tanto a cuore oggi nei giudizi criminali in Germania; e ordinò si procedesse a nuovo esperimento interpellati più largamente i periti medici. Fu consultata la facoltà medica della Università di Padova, richiamandola specialmente a dire se credesse possibile che una fanciulla fosse durante il sonno magnetico deflorata senza che essa venisse ad accorgersi od in qualche modo sentire ciò che pativa. La facoltà si contenne nella sua relaziono con molta cautela e prudenza: esternò dei dubbi sulla possibilità del sonno magnetico; ma affermò che ammesso cotesto come possibile, il resultato doveva esserne la piena insensibilità. Al seguito di ciò fu emanata sentenza di assoluzione. Comprende ognuno che se la scienza non è an-

cora matura per dare un sicuro giudizio su questa ipotesi, molto meno possiamo essere noi in grado di emettere una opinione. Si vedano su questo importante argomento li studi di Charpignon nel libro intitolato *Rapports du magnetisme avec la jurisprudence.*

§. 1516.

Se non che in proposito dell' *ebra* e della *dormiente* occorrono due osservazioni.

1.° Che il sonno o la ebrietà della donna non esauriscono di per loro soli il materiale della violenza, la quale esige sempre una volontà contraria per qualsivoglia modo di forza soggiogata. Il sonno e la ebrietà non costituiscono della violenza che una mera presunzione, la quale al fine di aggravare lo stupro ha bisogno di essere completata con la prova diretta di quella contraria volontà. Laonde l' abuso commesso sulla ebra o sulla dormiente allora soltanto potrà costituire stupro violento quando si dimostri, o mercè la prova positiva delle *repulse precedenti* (1) della donna o mercè le sue posteriori *affermazioni giurate,* che se essa fosse stata nella pienezza del suo intendimento libera padrona di sè non avrebbe per modo alcuno acconsentito. Cosicchè se la donna venga francamente a dichiarare che anche nella pienezza dei sensi avrebbe di buona voglia aderito, la violenza deve necessariamente sparire. Sia pure che l' uomo credesse di agire contro la volontà della femmina. Ciò può presupporre una violenza puramente soggettiva. Ma ad averne completa la essenza giuridica le manca la esistenza oggettiva. Un peccato può essere *pu-*

tativo perchè il peccato può esaurire tutte le sue condizioni nell'animo; ma un delitto *putativo* è un impossibile giuridico (2).

(1) Quanto allo stupro dell'ebra e della dormiente il Bohemero *(ad Carpzov. quaest.* 69, *obs.* 2) distingue se innanzi allo assalto praticato nel momento della stupefazione aveva o no preceduto qualche tentativo a cui la donna avesse resistito. Data la resistenza precedente ammette che cotesto caso debba dirsi *violento:* ma se manca ogni precedente manifestazione di volontà contraria per parte della donna sostiene trattarsi di stupro *insidioso,* e non di *violento:* a tale distinzione aderì il Cremani *lib.* 2, *cap.* 6, *art.* 2, *pag.* 321.

(2) Forlani (illustre Professore alla Università d'Inspruck) nella dissertazione intitolata *Variazioni sullo stupro*, riprodotta nell'*Eco dei Tribunali* al *n.* 2353 ha preso a confutare questa mia opinione dicendo che questo *meccanismo di prova* relativo al *dissenso vero* dell'ebra e della dormiente è *arbitrario*. Egli sostiene che la mia tesi non può accettarsi in faccia al codice Austriaco, e qui niente ho da osservare perchè non mi occupo nelle questioni scientifiche dei diritti costituiti. Ma egli soggiunge che la mia tesi è falsa in radice, accusandola di doppio errore: e qui duolmi di non essere stato compreso, ed ho bisogno di mostrare la insussistenza di tali accuse. Il mio concetto semplicissimo è questo. Quando consti in un processo che la donna compressa mentre trovavasi in stato di ebrietà o di sonno avrebbe consentito anche se si fosse trovata nel libero esercizio del suo intelletto e della sua volontà, non vi è delitto punibile. E ciò affermo perchè tale è la deduzione logica della *nozione della violenza* e degli elementi costitutivi della medesima. Qual'è la condizione essenziale della violenza? Qui sta il cardine della questione. Per me non vi è violenza tranne là dove fu una *volontà contraria* soggiogata dalla forza fisica

o morale. La essenza della violenza non è *soggettiva* soltanto; essa è radicalmente *oggettiva*. L'uso della forza la costituisce *soggettivamente;* ma per essere violenza ha bisogno dell'*oggettivo* di una volontà contraria. Ponete che due conjugi prendano vaghezza di fare uno esperimento. Io voglio (dice il marito) soggiogarti per forza; non ti riuscirà risponde la moglie: facciamo la prova. Ed ecco una lotta nella quale il marito adopera tutte le sue forze fisiche per giungere allo intento suo e la donna si divincola, e oppone la più energica resistenza. Se la femmina dopo lungo combattere rimane soggiogata, troverete voi qui le condizioni giuridiche della violenza carnale? Gli elementi *soggettivi* della violenza vi sono tutti nel loro completo. Ma pure non vi è violenza carnale perchè vi manca lo elemento *oggettivo*, cioè una volontà che aborrisse dal *fine*, e che restasse vinta dalla forza altrui. Quando anche quella ipotesi si verificasse non fra due conjugi, ma fra due amanti sarebbe sempre antigiuridico il concetto della violenza carnale. Ora supponete che la donna compressa in stato di sonno o di ebrietà francamente venga a dirvi, io amava colui, e desiderava che rompesse gl'indugi troppo prolungati dalla sua timidità: perciò trovandomi sola con esso mi diedi al sonno o alla ebbrezza ponendomi in guisa da generare in lui quell'audacia che io desiderava; egli fu audace, ed io ne fui moltissimo soddisfatta. Supponete qnesto che Forlani chiama *meccanismo di prova:* e poi ditemi se in buona coscienza potrete mandare in galera colui sulla affermazione ridicola che soggiogò con la forza una volontà contraria? Il buon senso risponde. Forlani gratuitamente mi accusa di avere *argomentato dal giure civile* applicando la regola che la ratiabizione si equipara al mandato. Chimera è questa; e nulla è tanto alieno dai miei principii quanto argomentare in penale dalle regole civili. Tutto avrei creduto fuorchè meritare siffatto rimprovero. Forlani mi accusa di un secondo errore, cioè di aver voluto costruire un delitto non su ciò che *fu concomitante all'azione ma sopra condizioni posteriori*. Io non suppongo il *perdono* o

la *ratifica susseguente al fatto*. Qui sta lo abbaglio. Io suppongo invece la *mancanza di dissenso antecedente e concomitante* al fatto. Altro è dire che il consenso manifestato nel marzo distrugga il delitto commesso in febbrajo: altro è dire che nel marzo si ottenga la prova dello *esser mancati* in febbrajo, e nel momento in cui consumavasi il preteso delitto, gli *elementi* indispensabili a costituire un *delitto*. In tutti i processi la prova occorrente a dimostrare il concorso e gli estremi necessarii a costituire il delitto obiettato offre un *meccanismo posteriore*. Ma tale meccanismo è inevitabile per chiunque voglia condannare il cittadino secondo *la verità delle cose*, e non secondo le *presunzioni* dimostrate *contrarie* alla *verità reale*. Ma Forlani soggiunge che colui profittò del sonno o della ebbrezza *credendo dissenziente* la donna: che dunque ebbe in animo di usarle violenza contro sua volontà: che dunque *volle* commettere una violenza carnale, e per questo titolo deve essere punito. Ed qui sta il punto dove Forlani cade alla sua volta in un gravissimo errore: e lo errore è quello di adeguare il *delitto putativo* al *delitto vero:* lo che non concederò mai. Il *peccato putativo*, esiste perchè il peccato si completa anche col solo elemento interno: *delitto putativo* è un mostro impossibile, perchè delitto non può esistere senza la *violazione del diritto*. Se lo credetti violentare chi era consenziente fui reo nella *sola intenzione;* ma non esistendo volontà contraria vinta dalla mia forza non *violai diritto* alcuno, e non commisi delitto, quantunque erroneamente *credessi commetterlo*, ed avessi la più determinata volontà di violare la legge. Questa è la vera regola, non già speciale alla materia presente, ma universale e costante nel giure punitivo. Ed io conforto sull' argomento dalla *l.* 46, §. 8, *ff. de furtis*, ove Ulpiano fa precisamente di chi sottragga la cosa *altrui* credendo *dissenziente* il padrone mentre poi viene a conoscersi che il padrone *consentiva;* e decide che non vi è furto. Vi è delitto putativo in chi ferisce un cadavere, in chi giace con la propria donna, in chi contretta la cosa

propria, in chi spende la moneta vera supponendola falsa, in chi credendo di usare resistenza alla forza respinge violentemente i ladri che travestiti da gendarmi vogliono entrare nel domicilio. Sono mille i casi di delitti putativi; nè mai si puniscono come veri, sebbene a dimostrare che il delitto fu putativo e non vero occorra un susseguente meccanismo di prova. Del resto la questione che io qui sollevo è tagliata alla radice da quelle legislazioni che anche alla persecuzione della violenza carnale esigono la doglianza della parte offesa. Dove ciò non è, un' accusa di violenza che pretenda sostenersi a fronte della parte pretesa paziente che dichiara *di non avere avuto* volontà contraria (checchè si dica in opposto) non arriverà mai a trionfare praticamente in faccia a giudici giusti ed illuminati. È un sogno supporre che io abbia detto distruggersi la delinquenza *nata* anteriormente mercè la *ratifica susseguente:* ho detto e dico che la *susseguente prova* del difetto degli essenziali nel momento del fatto mostra che la delinquenza *non è mai nata*. È un sogno appormi che io cerchi gli estremi del reato nel giorno del processo anzichè nel *momento del preteso delitto:* io apprendo dal processo posteriore che nel *momento del delitto* vi fu difetto dei suoi estremi, e quando dietro ciò concludo che non vi fu delitto io lo giudico secondo le condizioni che ebbe o che non ebbe nel momento del fatto che devesi giudicare. È facile criticare un autore facendogli dire ciò che non ha mai nè pensato nè detto: e a questo giuoco sembra che siasi divertito Forlani verso di me in tutto quell' articolo. Del resto io osservo in generale che nel tema della violenza carnale gli scrittori odierni (e troppo spesso anche i giudici ed i giurati) subiscono quella adorazione del sesso femminile che è la tendenza del presente secolo; e che io voglio rispettare in tutto fuorchè nelle severe dispute dei giudizi criminali, perchè è cagione di una fatua credulità protettrice della calunnia a discapito della innocenza. Non così i padri nostri. Da Carpzovio e Leyser venendo fino agli ultimi scrittori del secolo passato

tutti i pratici furono concordi a consigliare di non essere tanto corrivi nel credere ad una donna che per vendetta di un abbandono, o per cuoprire le sue volontarie lascivie, o per una sordida speculazione viene a cantare la solita nenia delle violenze patite. *Verum* (così Kasteo *de stupro violento, Vittemberga* 1736, *pag.* 4) *si modo judex in indaganda veritate diligentiam odhibet, ex centum huiusmodi accusationibus aliquondo unum, raro binas, verisimiles reperiet; ceterae tom operte falsoe sunt, ut columnia manu tangi possit.* Modernamente il Casper nella sua *médecine légale (vol.* 1, *pag.* 80 *et suiv.)* ha con sana critica rincarato l'antica dottrina mostrando la futilità di certi indizi che anche gli antichi accettarono come segni della patita violenza. Ed è molto saggio il provvedimento del codice Russo del **1818** il quale per questi reati stabilì la eccezionale prescrizione di tre giorni alla querela di stupro, presumendo che tre giorni di successivo silenzio dopo l'oltraggio che si asserisce patito bastino a *far ritenere il consenso della donna.* Dunque (direbbe Foriani) anche il legislatore Russo desume gli *estremi* del delitto da un *meccanismo* successivo di prova!!!

§. 1517.

2.° La seconda osservazione è che dovrebbe sempre distinguersi nella imputazione e nella pena il caso in cui la ebbrezza od il sonno della vittima fosse stata procacciata maliziosamente dall'uomo al turpe fine; dal caso in cui egli avesse profittato di una occasione meramente accidentale, onde in lui si destò per impeto istantaneo la rea tentazione. Nel primo caso vi è soprabbondanza di dolo per la premeditata insidia; vi è maggior difficoltà di difesa privata per parte della vittima. Io non veggo perchè se la premeditazione e la insidia si debbono per buone e gagliarde ragioni valutare come ag-

gravanti in certi reati, non debbano pure valutarsi negli altri dove la discriminazione dei casi è ugualmente possibile, e dove ricorrono le identiche ragioni. Il primo delinquente agì per freddo calcolo, e trasse nelle sue reti la vittima; il secondo cedette ad un impulso momentaneo, e profittò di condizioni non preparate da lui, ma figlie talvolta della imprudenza della vittima stessa, la quale ubriacossi o si diede al sonno in luogo accessibile. Ripeterò qui ciò che altre volte ho detto, ma che pure per quanto so e posso mi piace inculcare. Cioè la sentenza di quel grande criminalista francese — *più la legge penale distingue, più siamo certi sarà amministrata giustizia.* Io non vorrei per certo s'imitasse il legislatore russo portando il codice penale a sopra duemila articoli; ma neppure posso professare simpatia verso certi codici, che per la esagerazione di una ideale semplicità agglomerano in un fascio sotto la medesima imputazione disparatissime delinquenze. Si è detto che un codice analitico è buono pei giudici giureconsulti non pei giurati, i quali non giungono a comprendere la differenza dei casi nell' applicazione delle diverse nozioni. Ove tale avvertenza, ripetuta oggidì da parecchi criminalisti della scuola politica, fosse veritiera, io non esiterei a pronunciare l' anatema contro la giurìa, poichè una istituzione la quale avversa la doverosa distribuzione delle pene non può essere buono strumento di giustizia. Ma io non credo vero tale obietto: poichè la esperienza che mi ebbi dei giudici cittadini mi convinse essere eglino adattatissimi a tener dietro anche alle più sottili linee che separano i diversi gradi d' imputazione, e la diversa quantità

dei delitti. Certamente siffatte distinzioni non sono proporzioni algebriche. Possono essere astrusi del giure penale i sommi principii, ma le ragioni e i caratteri distintivi dei diversi reati non sono poi tanto difficili, che non possano farsene chiare le condizioni anche agli uomini inesperti di legge; purchè le questioni siano loro distintamente e nettamente proposte, e purchè l' accusa e la difesa lealmente concorrano ad istruirli sugli speciali requisiti di una o di altra configurazione giuridica. Come il giurato comprende la distinzione fra autore principale e complice, fra tentato e consumato delitto, fra delitto d' impeto e delitto premeditato; così può bene comprendere tante altre differenziali che si appoggiano ad una materialità ed a considerazioni di moralità e di pericolo che sono a portata di tutti. La ragione penale fu prima nel senso morale dei popoli, e di là passò nella legge. Cotesto obietto pertanto con cui vuole scusarsi la neghittosità di alcuni legislatori, io no nol credo fondato sul vero (1).

(1) La idea che qui accenno svolgesi ancora ad osservazioni ulteriori, ed una di queste lo voglio notare. Anche la libidine ha una forma *soggettiva* ed una forma *oggettiva*. È libidine *soggettiva* quella che accende per guisa da appetire la venere con qualunque persona, e spinge l' uomo a gettarsi sulla prima donna che incontra. È libidine *oggettiva* quella che accende al desiderio di una determinata persona, nè trova in altra il suo sfogo. È evidente che chi trascende a violenza per libidine *soggettiva* è più bestiale dell' altro, ed è più pericoloso e desta allarme maggiore. Laonde la così della *mania erotica*, quando non giunge ad ottenebrare la intelligenza ed a spengere la coscienza e la libertà di elezione,

deve sotto il rispetto della quantità *politica del delitto* tenersi un' aggravante anzichè una minorante.

§. 1518.

Debbo però avvertire che nelle correzioni recate al codice Sardo mercè la legge del 17 febbraio 1861, con la quale fu quel codice esteso alle provincie napoletane, ben lungi dallo abbandonare il concetto comune della così detta *violenza induttiva*, il medesimo si vide considerevolmente allargato. I sapienti giuristi napoletani che furono chiamati a quella revisione, reverenti alle tradizioni del loro codice del 1819 più che agli ammaestramenti del Filangieri (1), vollero che la dottrina della violenza presunta si applicasse non solo alla demente ed all' impubere, come nel vecchio art. 490; ma la vollero estesa eziandio ad altre due configurazioni: 1.° all' istitutore o tutore che senza violenza conduca alle sue voglie la persona minore di sedici anni alla sua tutela od alla sua direzione affidata: 2.° al pubblico ufficiale che abusi senza violenza della prigioniera a lui consegnata (2). Con ciò lo errore si rendette più sensibile in entrambo i suoi aspetti: e cioè tanto per la *contradizione alla verità reale,* quanto per la *sproporzione* nella economia delle pene. Nota il Cosentino in calce di quell' articolo che la giurisprudenza ha stabilito ricorrere le condizioni della violenza presunta anche quando nelle circostanze anzidette senza violenza vera siasi abusato di una meretrice. Cosicchè l' impuro che incontri nel lupanare una ragazza non ancora giunta ai dodici anni, e il carceriere che

si presti alle turpi voglie di una messalina consegnata alla sua custodia, vengono posti alla pari nella nozione e nella pena con i più brutali violentatori di femmine. Ma dove sarà la verità delle cose, quando il giudice seriamente pronunzi la solenne formula *voi foste violentata* applicandola alla tollerata che dalla finestra chiamava i passeggieri, ed alla prostituta che in tribunale ha affermato e giurato avere essa medesima con ogni allettamento condotto il carceriere a giacersi con lei? Io non nego che il carceriere ciò facendo commetta delitto: ei lo commette, e grave; ma il delitto di abuso di ufficio. Sotto questo titolo punitelo con quel rigore che più vi aggrada; ma non costringete i magistrati a vergare una sentenza iperbolica, che farà ridere il pubblico. La donna per essere costretta nelle forze della ragione non perde nella sua cella la libertà del volere e l' arbitrio del corpo suo. E quando volle, liberamente volle, ed *efficacemente* volle; è un assurdo asserire che fu violentata. Punite il carceriere che abusa dell' ufficio suo per codesta violazione di dovere; ma mantenete una ragionevole distinzione fra il caso del carceriere che si approfittò della donna lubrica consenziente, e il caso del carceriere che brutalmente contaminò la vergine per altro delitto a lui consegnata. Adeguando codesti due casi nella penalità, come vuole l' art. 490, si va a ritroso del senso morale; e si diminuisce la protezione delle carcerate non corrotte.

(1) Filangieri (*scienza della legislazione lib.* 3, *cap.* 50) procedette sulla questione di presunta violenza con una distinzione — ivi — *che si punisca lo stupro con* FRODE

commesso, ma che la pena di questo sia inferiore a quella dello stupro violento; che si consideri come violento lo stupro di una fanciulla che non è ancora uscita dall' infanzia e come FRAUDOLENTO *quello della donzella che non ha ancora oltrepassato il* DODICESIMO *anno della sua vita.* E se gli odierni legislatori avessero puramente accettato la dottrina di Filangieri, noi non avremmo diretto contro di loro sì calda censura, poichè l' infante può con minore iperbole considerarsi come priva eziandio di volontà animale intorno a certi atti, ed incapace ancora ad ogni modo di resistenza. Ma tra la infante e la impubere corre oggidì troppa differenza: e più grande assai intercede fra la infante, e la donna matura ristretta in carcere e la mentecatta. Già è da avvertirsi sul proposito di questa che la società e la famiglia sono in colpa per non aver provveduto alla sua custodia se la demenza è completa. E se questa è incompleta vi è allora nell' uomo una ragione di dubitare della colpevolezza del fatto. E se poi trattasi di quella demenza parziale che si estrinseca nei limiti di una manìa erotica così frequente nelle femmine, egli è evidente che l' uomo sarà stato facilmente incitato da lei stessa; onde darassi luogo ad un processo scandaloso (come parecchi ne vidi nella mia pratica) il quale, sebbene i testimoni depongano che la donna era *imbecille*, e sebbene i medici la giudichino affetta da una manìa parziale in codesto genere, finirà con una assoluzione, perchè la coscienza dei giudici in faccia alla eccessività della pena ripugnerà dallo affermare la violenza sopra una *finzione* smentita dalla palpabile realtà dei fatti. Laddove se la legge dichiarasse cotesta ipotesi essere criminosa in ragione della seduzione per l' abuso che l' uomo ha fatto di una intelligenza pervertita, potrà più facilmente ottenersi la repressione. Ad ogni modo ripeto che parificare nella pena l' abuso della mentecatta e della impubere annuente, e molto più della pubere consenziente, all' abuso della resistente che si ottenne solo col mezzo di forza brutale, è una non giustificabile violazione della giustizia.

La distinzione fra lo stupro della infante e quello della impubere o della mentecatta o ubriaca, si insegna in termini dallo Strykio *usus modernus pandect. lib.* 48, *tit.* 5, §. 17; ove ugualmente si stabilisce la distinzione fra lo stupro della ubriaca accidentalmente divenuta tale, e quello della donna maliziosamente al pravo intento ubriacata dallo stupratore. E vuole riserbata la pena dello stupro violento soltanto all' ultimo caso e allo stupro dell' infante, scendendo negli altri casi ad una pena straordinaria. E tali distinzioni ebbero plauso anche dai pratici Italiani, come può vedersi in Catalano *tractatus criminalis pag.* 275, *n.* 109, *et* 111. Nè vuolsi su questo argomento tacere che i codici odierni in questa materia della violenza presunta sono caduti in un draconismo inescusabile e repugnante alla buona giustizia, e sono andati molto al di là dei più rigorosi fra gli antichi giuristi. Infatti anche i pratici più severi che ammettevano la violenza presunta nello stupro della impubere riconoscevano nell' accusato il diritto di vincere la presunzione di violenza mediante la prova della precoce malizia della stuprata: e questa prova esclusiva della criminosità dell' atto insegnavano potersi raggiungere dall' accusato anche mediante congetture ed indizi che largamente si enumerano dal Torre *de stupro argumentum* 15, *n.* 31, e dai dottori ivi citati. Ma i codici odierni con i loro imperativi dettati vorrebbero costringere i giudici a dichiarare colpevole di violenza carnale anche chi abbia acceduto ad una giovinetta esercente pubblico meretricio. Parimente in ordine alla mentecatta era comune fra i pratici lo insegnamento che si dovesse escludere il reato quando si era usato della demente in uno stato di *lucido intervallo*: Torre *loc. cit. Argum.* 12, *n.* 9; *Argum.* 15, *n.* 24; *et Argum.* 46, *n.* 4. Cose tutte che dimenticate dal Legislatore si dimenticano troppo spesso dai giudici processanti e dagli accusatori; ma non dovrebbero dimenticarsi dagli zelanti difensori. E di vero se anche oggi si accetta la regola che il pazzo possa delinquere nello stato di lucido intervallo; se si ammette che l' impubere possa essere capace di discer-

nimento ed incorrere la pena; ed anche in tema di violenza carnale si trova insegnato doversi mitigare la pena quando l' autore della violenza carnale era impubere (*Responsa Tubingensia vol.* 9, *resp.* 23): come può senza ribrezzo accettarsi come buona per ossequio ad un improvvido dettato legislativo una teorica che sanziona la contradizione, ritenendo nello stesso momento un individuo come *capace* e come *incapace* di volontà!?. Quanti innocenti sono stati immolati alla reverenza fatale delle regole generali!

(2) Il caso del carceriere venne comunemente considerato anche dagli antichi pratici: Paponio *lib.* 22, *tit.* 8, *arrest.* 1 — Claro §. *fornicatio, n.* 24 — Carpzovio *quaest.* 69, *n.* 24 — Caballo *resol. crim. cas.* 283, *n.* 8 — Rainaldo *observat. cap.* 3, §. 5, *n.* 6, 7 — Berlichio *pars* 4, *conclus.* 36, *per tot.* — Gomez *in l.* 80 *Tauri, n.* 25 — Torre *de stupro arg.* 45, *n.* 4, *et seqq.;* e fra i moderni Waechter *de lege saxon. pag.* 33. Andarono i pratici in disparate opinioni sulla pena da infliggersi al carceriere, e reciprocamente si combatterono sul più o sul meno del castigo; e in Francia si andò fino alla pena di morte. Lepeyrere *decis. Lit. G, n.* 22. Ma generalmente non presero per norma del medesimo il concetto della presunta violenza per punire il carceriere. Il più vero concetto della mancanza di ufficio in caso di copula non violenta, e della qualifica nel caso di copula realmente violenta, fu adottato anche negli antichi tempi dai più esatti fra i legislatori e criminalisti: *Constit. elect. saxon. const.* 25 — Carpzovio *jurisprudentia foren. pars* 4, *constit.* 25, *def.* 3, 4 — Menochio *de arbitr. lib.* 2, *cent.* 3, *cas.* 292, *n.* 4; ed altri molti, i quali considerano ancora come ragione della pena il pericolo della fuga. Idea che è agli antipodi col concetto della violenza: ed anzi per tale idea si volle qualificato eziandio lo stupro commesso dal carcerato sulla moglie o figlia del carceriere; Menochio *loc. cit.: contra* Boerio *quaest.* 317, *n.* 10. Altro è (come in analoga occasione già sopra notai) che la condizione personale del delinquente costituisca una

circostanza che *aggravi* un' azione già di per sè stessa criminosa e come tale già dalla legge repressa; altro è che tale condizione si faccia costitutiva della essenzialità criminosa per modo da rendere delitto un' azione che in altri non lo sarebbe. Quando si dice che il delitto del carceriere commesso a danno del carcerato è più grave, si pronunzia una formula che il senso morale dimostra senza bisogno di argomentazione; ma cotesta formula è ben lungi dal dimostrare la tesi. Per dimostrare cotesta occorre una proposizione di gran lunga difforme: non basta dire che *il delitto nel carceriere è più grave,* perchè ciò presuppone che già il *delitto* vi sia. Bisogna poter dire che nel carceriere *è delitto* ciò che in altri *non lo è:* ed a tal fine è necessario che la qualità della persona faccia sorgere una oggettività lesa, che lesa non sarebbe se il delitto procedesse da diversa persona. Ora cotesta oggettività non può riconoscersi che nel dovere di ufficio, perchè nel diritto individuale o già vi era nel fatto, o se nel fatto non era, la qualità dell' agente non la produce. Relativamente poi ai rapporti del tutore con la pupilla ripeto la identica osservazione, richiamando quello che ho detto di sopra al §. 1502 nota 1. Il codice Toscano ha contemplato nel tutore come circostanza costituente la criminosità dell' abuso della pupilla evidentemente l' *ufficio violato;* dal che nasce la criminosità anche indipendentemente da ogni lesione della libertà della donna; ma il nome di *quasincesto* che volle darsi a siffatta configurazione è una parola vana che non corrisponde al vero pensiero del legislatore. Avvegnachè se il commercio carnale fra tutore e pupilla, e padre adottivo e figlia adottata, si fosse voluto punire per un' analogia del concetto giuridico dell' incesto, è intuitivo che sarebbesi dovuto punire la femmina insieme con l' uomo.

§. 1519.

La violenza vera si ha in tutti quei casi nei quali la volontà contraria della paziente o fu resa impo-

tente dalla forza fisica, o fu soggiogata da una forza morale consistente nella minaccia di grave male. Non vi è ragione per distinguere nella nozione e nella penalità tra la violenza *fisica*, e la violenza *morale* (1). Ma bisogna però che la resistenza della donna assertasi violentata siasi manifestata con grida o con atti di forza, che veramente dimostrino in lei una volontà opposta a quella del suo assalitore. Non basta che la donna siasi limitata a dire non voglio, lasciando poi che l' uomo facesse il suo piacimento senza resistenza di lei (2). Ciò non basta per doppia ragione. In primo luogo perchè il giudice rimarrà sempre in dubbio se veramente quella donna la quale opponendosi con la voce si prestava col corpo, volesse o davvero non volesse l' osceno fatto. Onde difficilmente potrà affermare in sentenza, con quella certezza che è necessaria, l' elemento oggettivo della violenza. In secondo luogo l' imputato in faccia a quel contegno contradittorio usato dalla femmina rispetto ai suoi tentativi, potrà bene allegare che non credette di usare violenza, ma sibbene di fare cosa gratissima; sapendosi per antichissima sentenza confermata dalla crescente esperienza di tutti i secoli, che in tali casi sotto la larva di un esteriore renitente celasi spesso vivissimo desiderio contrario. La donna che davvero non vuole ha modi ben positivi per fare certa e palese la sua contrarietà, così all' uomo che la richiede come poi al magistrato; ed in tal guisa rendere indubitato il dolo del primo, e far tranquilla la coscienza del secondo.

(1) La violenza morale equivale senza dubbio alla fisica: Carpzovio *pars 4, constit.* 50, *def.* 6. Ma essa (checchè

taluno opinasse per una disadatta applicazione della *l.* 5, §. *persuadere ff. de servo corrupto)* non può trovare i suoi termini nelle sole blandizie: Strykio *de jure blandit. cap.* 1, *et cap.* 6. E neppure ogni e qualunque minaccia di un male basta a costituirne la essenza di fatto. È necessario che il male minacciato sia *grave, presente,* ed *irreparabile.* Onde Cremani (e dopo lui Mellio *instit. jur. crim. lusitani tit.* 4, §. 16) insegnò che il solo tener chiusa la donna con minaccia di prolungare la indebita carcerazione finchè non ceda, non costituisce violenza. Bene peraltro soggiunge, sulle orme di Boehmero, che delle condizioni del timore non possono dettarsi regole assolute; e molto dipende dalla considerazione del carattere della donna scelta dal colpevole come soggetto passivo del malefizio. La indole timida e la natura gracile di costei possono facilmente condurre la prudenza del giudice a trovare i requisiti della violenza coattiva anche nelle sole minacce verbali, che siano riuscite ad atterrire la fanciulla. Questa sanissima regola è una riprova ulteriore della verità di quanto sostenni in proposito della coazione e del moderame: cioè che la valutazione della operosità del timore deve sempre farsi per via di giudizio concreto, stando sotto qualunque dei suoi aspetti la efficacia giuridica nell'azione esercitata sull'animo contro il quale venne diretta. Ripetendo il concetto comunemente accolto che la *violenza* si costituisca ancora dalla minaccia di un male, alla quale per intimidazione cedette la donna senza patire abuso di forza fisica, lo Schutze *(Lehrbuch* §. 73, *pag.* 335, *nota* 10) osserva che a questo effetto non occorre si minacci il male alla donna che vuolsi comprimere ma basta che si minacci anco a qualche persona a lei cara: e adatta questa dottrina alla interpetrazione del §. 177 del nuovo codice penale Germanico. Ciò non può formare argomento di controversia. Vedi la nota a §. 1522.

(2) Boehmeri *dissertatio volenti non fieri injuria pag.* 25 — *etiamsi paullulum consensit, de stupro violento quaeri haud potest* — Meister *principia juris crim.*

§. 251 — *mulier quae primum fortiter reluctata tandem consensit vi stuprata non est* — Engau *element. jur. crimin.* §. 223 — *stupri violenti reus non est qui consuetudinem habuit cum ea quae in principio acriter reluctata tandem in coitum consensit.* Nel conflitto fra le asserzioni della donna che sostiene la violenza, e quelle dell' uomo che pertinacemente la nega, dove sia difetto di prove dirette, è necessità per il giudice ricorrere alle congetture. Laonde i pratici hanno largamente esornato questo argomento con la enumerazione di tali congetture prevalenti nell' uno o nell' altro senso. Le più ordinarie e frequenti sono nel senso affermativo della violenza, le grida contemporanee, le vesti scompigliate, i crini disciolti, le conquestioni immediate; per tacere dei segni di lesione, i quali costituiscono piuttosto una prova diretta che non congetturale. Il luogo non solitario, il silenzio, la compostezza degli abiti, e soprattutto la serotina conquestione s' indicano come congetture esclusive della violenza: vedasi Carpzovio *praxis crim. pars* 2, 9, 75, *n.* 87 — Kress *in not. ad art.* 119 — Cramer *observ. vol.* 4, *observ.* 1023 —Cremani *lib.* 2, *cap.* 6, *art.* 2, §. 9, *pag.* 326 — Gerstlacher *loc. cit. pag.* 37 — *resistentia parva fere pro nulla.*

§. 1520.

È tanto certa questa verità che i pratici hanno configurato il caso di una donna la quale in principio abbia veramente resistito, e poscia abbia concorso volonterosa al disonesto congresso: ed hanno insegnato che in siffatti termini non ricorre il delitto di violenza carnale. Laonde la formula comunemente insegnata dai dottori si è questa che per avere la violenza carnale deve la resistenza della donna essere *seria* e *costante. Seria,* che è quanto dire non affettata per simulare onestà, ma real-

mente espressiva di un volere decisamente contrario. *Costante,* che è quanto dire mantenuta fino all' ultimo momento; non incominciata dapprima e poscia abbandonata per far luogo ad un concorso nel mutuo godimento (1).

(1) Leyser *meditationes in pandectas, spec.* 584, *med.* 8, 12 — Puttmann §. 591. Le circostanze che portano ad escludere la violenza malgrado le asseverazioni della donna, si enumerano largamente dal Boehmero *decisiones tom.* 3, *pars* 3, *decis.* 840 *per tot.* E fra questi specialmente rileva la mala qualità della donna; la località popolosa; la mancanza di grida; le varianti dichiarazioni della dolente; ed altre simili. È celebre la formula di Ovidio *vis grata puellis.* Questa formula del poeta di amore ha fatto passaggio nella giurisprudenza germanica, e là si designa la ipotesi della *vis grata* come un caso non meritevole di punizione, intendendosi per *vis grata* quella che si costituisce dalla insistenza dell' uomo per ottenere i favori desiderati: Berner *Lehrbuch* §. 189, *pag.* 465, *e pag.* 466. In sostanza pare a me che la *vis grata* dei tedeschi altro non sia che la nostra seduzione ordinaria.

§. 1521.

Che anzi tant' oltre andarono le diffidenze e difficoltà dei pratici nel menare buono questo luogo comune della violenza patita, che ad escluderlo fu spesso valutato come di grandissimo peso il contegno posteriore della femmina. Questo argomento del contegno posteriore si valutò a tal fine quando la donna dopo avere, a detto suo, ceduto per mera violenza avesse poscia continuata la tresca amorosa con l' asserto violentatore: Engau *decis. 24, pars 3.*

Si valutò parimente il contegno posteriore nel senso che difficilmente si ascoltasse la donna la quale non aveva portato immediata querela contro la pretesa violenza, ma aveva atteso a querelarsene soltanto dopo essersi accorta della incorsa fecondazione. Leyser (*spec. 584, medit. 1, 26.*) allega molti giudicati nei quali da questa sola circostanza si credette rilevare argomento bastevole per respingere la querela (1).

(1) Singolare su questo proposito è la disputa che si ricorda dal Forti nelle sue *conclusioni (pag.* 111) sollevata da alcuni i quali pretesero che il solo fatto dell' avvenuta fecondazione bastasse ad escludere la violenza.

§. 1522.

Finalmente intorno a ciò che costituisce la essenza di fatto della violenza rimane ad avvertire che la medesima deve essere esercitata *sopra la persona*, e precisamente sopra la *persona stessa* di cui si vuole abusare. Non sarebbe violenza carnale nel caso in cui si fossero violentate le *cose*, per esempio atterrati usci e ripari per giungere alla donna, se questa era annuente: Sorge *jurisprud. for. tom. 9, cap. 44, n. 29* — Vouglans *institut. tit. 3, chap. 7, pag. 497*. E neppure lo sarebbe se si fosse usata violenza contro *persone diverse* (1), per esempio sopra il servo che voleva impedire l' accesso alla donna d' altronde annuente ai desiderii dell' amatore.

(1) Altro è il caso del male *già recato* al terzo (quantunque carissimo alla donna) come mezzo per giungere ma-

terialmente a lei: altro è il caso del male che si *minaccia di recare* al terzo *per intimorire* la donna; oppure già recato al terzo come testimonianza di ciò che si farebbe sopra di lei se ulteriormente continuasse a resistere. In questa seconda ipotesi si ha la *violenza morale*, che agendo *direttamente* sopra la donna costituisce la qualifica e rende violento lo stupro, come ho detto di sopra. Nella prima ipotesi al contrario la forza adoperata sui terzi non ha azione nessuna sopra la donna; nè azione *fisica* nè azione *morale;* e dove questa abbia poi liberamente consentito sarebbe errore gravissimo parlare di violenza carnale.

§. 1523.

Date le condizioni essenziali della violenza carnale, i criterii misuratori della sua *quantità politica* nasceranno dallo circostanze del fatto, e dalle condizioni delle persone; qui si terrà respettivamente conto dell' autorità abusata, della fiducia tradita, dei mezzi (1) più insidiosi adoperati, e della maggiore incapacità a difendersi nella persona violentemente compressa. A cotesto elemento della minorata potenza della difesa privata si richiamano in generale le qualifiche desunte in questo reato dalle condizioni personali dell' agente: per coteste talvolta si valuta una autorità abusata, come nelle antiche ordinanze portoghesi *(ord. lib. 5, tit. 20)* che prevedevano la qualifica del giudice stupratore della donna che avesse una lite dinanzi a lui: talvolta si valuta l' abuso non di una autorità, ma di una fiducia necessaria, come nel caso del servo violentatore della padrona previsto dallo art. 333 del codice Francese. E talvolta si valuta congiuntamente tanto l' autorità abusata quanto la fiducia tradita; come

nel già citato caso del tutore, che Quintiliano (*declamat. 284*) paragonò al traditore della patria; in quello dell' institutore o ascendente (2); e nel caso del padrone o figlio del padrone (3) violentatore della serva, che contempla il sopra detto codice Francese all' art. 333.

(1) Nota Pessina (*pag.* 59) come possa la quantità di questo reato aumentarsi ancora in ragione dei mezzi più odiosi che vennero adoperati, alla qual causa referisce l' uso di armi e la riunione di più persone; circostanze che si trovano spesso notate come aggravanti anche negli antichi pratici, ed opportunamente accolte in parecchi codici moderni. Non possono peraltro noverarsi fra le aggravanti desunte dai *mezzi* le gravi lesioni e danneggiamenti personali che vennero in conseguenza degli atti violenti; perchè sotto il punto di vista giuridico non se ne aumenta la sola quantità politica, ma se ne aumenta bensì notabilmente la quantità naturale: onde, come dirò fra poco, tali risultamenti vogliono essere guardati piuttosto come *effetti* del malefizio per giudicare più severamente il reato sotto il rapporto obiettivo della sua forza fisica, quantunque nel disegno dell' agente non avessero alcuna condizione subiettiva. Male d' altronde saprebbe contemplarsi come *mezzo* di un delitto una effettività *posteriore*, come la durata oltre i trenta giorni della malattia, o la morte conseguita della misera violentata forse dopo non breve intervallo. Che se la uccisione della donna sia stata commessa per sfogare la libidine sul suo cadavere, si avrà un omicidio qualificato dal fine e non uno stupro aggravato. Cosicchè si afferma un vero impossibile giuridico dicendo che la uccisione della stuprata abbia a valutarsi come mezzo usato per consumare lo stupro. Se la morte avvenne dipoi non è più mezzo allo stupro che la precedette; se la morte precedette l' abuso carnale non vi è più titolo di stupro, perchè lo stupro non può commettersi sopra un cadavere. La unica ipotesi

nella quale la gravità della lesione possa cousiderarsi esattamente come *mezzo* aggravante si è quella della perturbazione transitoria delle facoltà intellettuali cagionata alla donna pel fine di abusarne. In tale ipotesi la gravità della lesione fu veramente mezzo allo stupro: non lo fu altrettanto la gravità risultante da una malattia protratta oltre i trenta giorni, e simili; perchè a cotesta condizione di gravità tutta posteriore al malefizio non può adattarsi il concetto di mezzo, nè lo faccia alla verità ontologica, nè lo faccia al disegno del colpevole; a cui niente interessava che la vittima stesse inferma più o meno tempo, niente agognando il danneggiamento della di lei salute ma soltanto lo sfogo della sua imminente libidine.

(2) Quando si considera la qualità di ascendente della violentata come circostanza aggravante il reato, si intende che lo ascendente debba avere abusato della sua autorità per sodisfare le proprie libidini sulla discendente. Se contro ogni dovere di natura l'ascendente abbia abusato della sua autorità per ajutare la violenza di un estraneo, il reato di violenza non si qualifica: così decise la Cassazione di Francia il 2 ottobre 1856. Intorno alla qualifica desunta dalla condizione di padre trovasi riprodotta nella Cassazione di Francia la solita oscillazione di dottrina che perpetuamente mostra la fatuità di coloro che credono essere una unica Cassazione mezzo sicuro a produrre la unità di giurisprudenza. Concetto antigiuridico in sè perchè spoglia il tribunale di Cassazione della qualità di Magistratura, investendolo della autorità legislativa, come acutamente ha dimostrato Carcano nel suo scritto intitolato *la Cassazione e lo Statuto, Milano* 1872: ma di più concetto falsissimo e smentito dalla storia. Anche nell'argomento attuale Blanche *(cinquième etude n.* 113, *pag.* 120) riferisce giudicati contradittorii di quella corte suprema. Di un rigore assai spinto ci sembra il giudicato che riferisce Morin *(art.* 8865) ove si ferma ricorrere la qualifica anche in colui che abbia violentato la fanciulla con la madre della quale egli viveva in concubinato. Evvi (si disse)

autorità di *fatto* se non di *diritto*, e basta. Vedasi anche Morin *art.* 9032. Può dirsi in generale che la giurisprudenza di Francia abbia in questa materia usato spessissimo dell'argomento della analogia. Così pure ad interpetrazione di quell' art. 333 si è deciso che sotto la parola *istitutori* cadano ancora i *professori:* Morin *art.* 8633.

(3) L' essere la vittima della violenza una serva del violentatore o del padre del violentatore, è per l' art. 333 del codice Francese una circostanza aggravante. Ma perchè nella seconda ipotesi suddetta la circostanza aggravante ricorra è necessario che il figlio del padrone della violentata coabiti nella stessa casa col padre: Corte di Cassazione di Parigi 6 ottobre 1864: vedi Morin *art.* 6000, 6332, 6593, 7087 *et* 7690. È singolare che questa aggravante fosse per la pratica una diminuente: Menochio *de arbitr. cas.* 293, *n.* 1, 2, Ma ho già altrove notato che il giure Romano intorno a questa specialità procedeva da principii del tutto difformi da quelli ai quali si ispirano le leggi odierne, come emerge dalla *leg. final.* §. *qui manumittere C. de manumissionibus — Authentica quod ius C. de naturalibus liberis.* Nel senso rigoroso procedette ugualmente la Cassazione di Francia nel decreto del 16 marzo 1854 (affare *Delomais*) ove stabilì concorrere la qualifica, e così la pena della galera a vita nello stupro commesso dal servitore non solo sulla padrona o figlia o sorella del padrone, ma anche su di una serva. Ugualmente l' art. 333 del codice penale Francese considera come qualità aggravante dello stupro violento, e spinge la pena fino alla galera a vita, la circostanza che il colpevole sia un pubblico funzionario. Questo rigore potrebbe avere una ragione se si applicasse ad alti funzionarii soltanto, od al caso in cui lo stupro si fosse consumato mediante l' abuso della pubblica funzione. Ma la giurisprudenza Francese ha stabilito (vedi Blanche *cinquième etude n.* 134 *et* 135) che la pena dei lavori pubblici a vita debba irrogarsi ancorchè si tratti di funzionarii dell' infimo grado, ed ancorchè non vi sia stato abuso di funzione. La ragione di questa

severità si trova nelle parole di Monseignat che gl' impiegati del governo devono dare al pubblico lo esempio di buona moralità. Di tal guisa la violenza di un impiegato fuori dell' esercizio di sue funzioni si equipara alla violenza del padre a danno della figlia.

§. 1524.

Considerano i pratici come circostanza aggravante dello stupro violento la pubblicità del luogo in cui venne commesso: Leyser *specimen. 584, medit. 16*. Parrebbe problematica cotesta aggravante a chi considerasse che nel luogo pubblico è più sperabile l' ajuto. Il Leyser argomenta dalla *l. 38, ff. §. 1 ad leg. Jul. de adult.*: Lauterbach *in collegio theorico practico lib. 48, tit. 5*, §. *38* (1). La *l. 38* non fa che stabilire il principio generale per cui si aumenta il delitto ogni qual volta vi concorra una duplice violazione di diritto; onde applica cotesto principio al caso dell' adulterio cui si congiunga l' incesto. E quella regola è giustissima, e giustamente applicata a tutte le ipotesi ove si svolga congiuntamente la lesione di due diversi diritti costituenti due diversi titoli di reato; le quali vogliono tenersi più gravi della ipotesi nella quale si svolga la lesione di un solo diritto. È però inesatto congiungere quel frammento ed il suddetto principio generale con la considerazione della *sicurezza* dei pubblici luoghi. Il luogo pubblico non rappresenta in sè stesso la oggettività di un diritto speciale: non può dunque tenersi come regola assoluta che la violazione della pubblicità del luogo porti lesione di un diritto ulteriore, per guisa che in tutti i ma-

lefizj indistintamente conduca il reato ad un aumento di quantità per la lesione di più diritti, come parve (male a mio credere) volersi statuire in qualche progetto di codice contemporaneo.

La pubblicità del luogo è un' accidentalità concomitante del reato quando non ne costituisce la essenza. Può bensì talvolta per questa concomitanza aumentarsi la forza fisica oggettiva del delitto e così la sua quantità naturale, come precisamente avviene nella contumelia. Ma se tale è il punto di vista per cui si vuol trovare un' aggravante nella violenza usata in luogo pubblico, bisogna dire che essa deriva dalla maggiore offesa all' *onore*, e non dalla maggiore offesa alla *sicurezza*. Resta a vedere se si aumenti la forza morale oggettiva del malefizio, il che avviene quando la forma del medesimo renda più impotente la difesa privata: ma ciò non si verifica in proposito della violenza carnale commessa in luogo pubblico; poichè la pubblicità del luogo aumenta anzi la probabilità della privata difesa, la quale sarebbe minore quando il violentatore avesse aggredita la donna nella solitudine del suo domicilio. Male dunque si volle trovare nel punto di vista della sicurezza privata la ragione di aumentare la pena contro l'oltraggio violento al pudore a causa della pubblicità del luogo. Bensì tale aumento ha per vera sua base un' altra considerazione, che niente però si guardò dai pratici sostenitori dell' aggravante: e questa diversa considerazione sta in ciò che la pubblicità del luogo rende criminoso qualunque atto carnale anche lecito, per cagione della possibilità dello scandalo; onde ne sorge lo speciale delitto di *oltraggio pubblico al pudore* che spetta al-

l' ordine dei *delitti sociali*, e che troveremo a suo luogo. Se l' aggravante desunta dal luogo pubblico si ragiona su questa considerazione, può concordarsi la medesima: finchè vuole adagiarsi sulle considerazioni della privata sicurezza, l' argomentazione è falsa.

(1) In generale i pratici insegnano doversi considerare come circostanza che aumenta la quantità di questo reato l' essersi commesso sopra una pubblica strada a danno di femmina colà casualmente incontrata (Wittenau *consil.* 64, *n.* 28 — Müller *semestrium, lib.* 3, *cap.* 27 *in fin.)* argomentando che come spiegasi dalla legge maggior protezione verso gli averi sulle pubbliche vie, così debba spiegarsi maggiore anche verso la sicurtà della pudicizia.

§. 1525.

Come criterii della *quantità naturale* di questo malefizio deve tenersi conto del concorso dell' adulterio, e del concorso di lesioni prodotte mercè la violenza, e di altre conseguenze (1) più gravi derivate dal fatto, fra le quali può benissimo prender luogo lo ingravidamento (2). Deve pure tenersi conto del concorso della deflorazione la quale fa sorgere la incidenza dello stupro proprio nella violenza carnale: ed in genere la maggiore onestà della femmina violentata sarà sempre circostanza che porterà ad aumentare la quantità naturale del malefizio. Ma la onestà della donna compressa non è condizione essenziale del presente reato. È oggi incontrastabile che il titolo di violenza carnale può riconoscersi nella sua figura propria e completa anche nella violenza esercitata sopra femmina che non possa

vantare vita illibata. Il delitto però decresce notabilmente nella sua quantità qualora possa alla donna compressa attribuirsi il predicato di *meretrice*. Ma su tale argomento bisogna notare tre frasi diverse nelle quali si svolge la storia della relativa dottrina.

(1) Vedasi la nota a §. 1402.

(2) Credettesi un tempo che lo ingravidamento fosse circostanza la quale bastasse ad escludere la denunciata violenza, opinandosi impossibile la fecondazione nella donna che pativa violenza: Boerio *dec.* 247, *n.* 7 — Mevio *in jus Lubec. lib.* 1, *tit.* 7, *art.* 1, *n.* 14 — Bonfino *in bannim. cap.* 6, *n.* 1; ove riporta una *Lucana stupri* del 15 settembre 1705, la quale respinse per questa sola circostanza l'assunto della violenza, *quia praegnantia non minus voluptatem quam voluntatem et consensum mulieris indicat*. Ciò come regola era troppo assoluto. E bene si osservò che la natura animale può eseguire le sue funzioni anche a dispetto del più risoluto antagonismo dell'anima: e siffatta dottrina fu meritamente reietta. Si veda sulla storia di codesta opinione Boehmero *ad* Carpzovium *quaest.* 75, *obs.* 10.

§. 1526.

La prima e più antica fase trovasi nella opinione di coloro che dissero non essere politicamente imputabile la violenza carnale adoperata sulla *meretrice*. Codesto dettato ebbe radice in parte nelle massime del giure romano che nel delitto di stupro negavano la querela alle persone vili ed esercenti arte ludrica (1); in parte si avvalorò delle idee feudali. E più specialmente si adagiò sopra un singolare punto di vista nel quale alcuni guardarono le meretrici, quasi riputandole pubblici funzionari cui

fosse interdetto ricusare l' ufficio loro a chiunque lo richiedesse.

(1) Langleo (*semestrium lib.* 8, *cap.* 7, *pag.* 525) pone come indubitato che per diritto romano non si punisse la violenza sulle meretrici: Damhouder *praxis crim. cap.* 95, *n.* 10 — Harpprecht *in* §. 8 *Inst. de publ. jud. n.* 38. La opinione che i romani niente punissero la violenza sulle meretrici si radicò su questo che al frammento 6. §. 1, *ff. ad leg. Jul. de adult.* leggesi *stuprum meretrici non infertur;* onde ne argomentarono *ergo nec violentum.* Convengo che i romani non punissero cotesto fatto come stupro, e così non cadesse sotto la *l. Julia de adult.;* ma non concorderei che non fosse punito neppure come violenza, resultando dal responso di Marciano (*l.* 3, §. 4, *ad leg. Jul. de vi publica*) che potesse riguardarsi talvolta come violenza pubblica. Nella pratica germanica tra per la opinione della impunità romana, tra per la interpetrazione dell' art. 119 della Carolina, si accreditò l' insegnamento che la violenza sulla meretrice non fosse di per sè sola punibile: Lauterbach *disp.* 65, *thes.* 63. Onde il Puttmann (§. 590) notò come una differenza fra il giure carolino ed il giure sassone che per quello non si punisse la violenza sulla meretrice, mentre per diritto sassonico (*pars* 4, *constit.* 30) viene indistintamente punita.

Ma anche qui credo debba avvertirsi che per la pratica germanica se cotesta forma di delitto non si puniva come stupro violento si punisse però come fornicazione violenta: Meister §. 252 — Koch §. 285 — Engau *elementa* §. 222. In Francia però sembra indubitato che niente si punisse la violenza sulla meretrice; così insegnando Vouglans (*institutes lib.* 3, *tit.* 7, *pag.* 497) il quale pone come condizione che l' atto si consumi nella casa dove la prostituta esercita il suo turpe mestiero; e Rousseaud de la Combe (*matières criminelles pag.* 59) il quale riporta

l' autorità del Decio *in leg. invitus*, 156, *ff. de reg. juris*, ove professa la regola *meretrices nulli sui copiam denegare possunt*: ed argomentando dalla eccezione che fa la *leg. un. C. de raptu virg.* per la meretrice che fosse tornata ad onesta vita, ne conclude essere simili donne del tutto uguali agli albergatori; i quali pienamente liberi di non assumere codesto mestiere, quando una volta l' assunsero non possono più negare alloggio ad alcuno e possono esservi astretti con la forza. Si vedano in questo senso Gandino *de maleficiis, tit. de aliq. quaest. in malef. n.* 3 — Claro §. *fornicatio n.* 2, 24 — Boerio *decis.* 317, *n.* 8 — Peguera *dec. crim.* 43, *n.* 14 — Nevizzano *silva nuptialis lib.* 4, *n.* 46.

§. 1527.

E pare davvero che nel medio evo la impunità della violenza sulle meretrici fosse, se non per virtù di legge almeno per consuetudine, sanzionata. Ciò si rileva in quanto alle provincie meridionali d' Italia dalla celebre costituzione *omnes nostri* (1), con la quale Guglielmo re di Sicilia, proclamato il principio che tutti i sudditi doveano essere uguali in faccia alla legge, dichiarò parergli buono estendere la protezione della giustizia anche a favore delle femmine di bordello, onde ripararle dalle violenze altrui. Le quali frasi a me sembrano mostrar chiaro che fino a quel giorno non eravi stata per quelle infelici protezione nessuna. Forse simile tolleranza era stata una necessità politica dei tempi tristissimi, affinchè fra tanta ferità di modi, e tanto irrompere di bande venturiere e di soldatesche indisciplinate, alla salvezza delle femmine oneste fossero le meno oneste licenzioso olocausto. E fino a quale deplorabile eccesso giungesse in allora il mal

uso di violentare le femmine, rilevasi dalla celebre costituzione imperatoria (2) dello svevo Federico II, con la quale minacciò una pena contro chiunque alle grida di femmina violentata non fosse accorso a recarle difesa. Cotesta singolare provvisione mentre accenna alla gravità del disordine, rivela in quei rozzi legislatori maggiore carità cittadina che non ne abbiano certi moderni, i quali immolando la sostanza della tutela giuridica alla superstizione della sua forma, vorrebbero negato alla difesa altrui il beneficio del moderame. Quali sono su questo proposito le disposizioni del codice Sardo? Ciò non era dubbioso agli occhi nostri in faccia al suo testo del 1859. Già notammo (§. 1086, nota 2) che il codice Sardo con molta sapienza all' art. 559 parificava in proposito del moderame la difesa altrui alla difesa propria. La sanzione è letterale e la proposizione è inoppugnabile; e letterale del pari è in codesto articolo la parificazione della difesa della *vita* alla difesa del *pudore*. Posto ciò come principio doveva per buona logica intendersi *ad tramites* dell' art. 559 il successivo art. 563 riguardante l' eccesso di *difesa;* sia perchè questo articolo non distingue, ma usa la formula impersonale *eccesso nella difesa della vita o del pudore;* sì perchè l' eccesso di difesa non essendo che una modificazione della legittima difesa, la forma modificata per difetto di un estremo della forma completa non può dirsi modificata in ordine agli altri estremi sui quali tacque la legge modificante. Sicchè in faccia al codice Sardo come deve ammettersi senza distinguere fra persona congiunta e non congiunta il moderame per la necessaria difesa della pudicizia

altrui perchè lo *comanda* la lettera della legge; così può ammettersi dalla prudenza del giudice la scusa dell' eccesso nella difesa della pudicizia altrui senza limite nei rapporti di parentela. È questione di principio. Ammesso che colui il quale corre alla necessaria difesa del pudore di una estranea abbia incominciata l' azione sua in una forma legittima, è contradittorio ed ingiusto negargli la scusa dell' eccesso e sottoporlo alla pena ordinaria se nel corso di cotesta azione trascese di qualche poco oltre i limiti della necessità. La legge che ciò sanzionasse sarebbe viziosa; e i giudici, posti nel bivio o di irrogare la pena ordinaria o di pronunciare la impunità, sarebbero sempre trascinati dalla coscienza loro a proclamare il concorso del moderame chiudendo gli occhi sopra un leggero eccesso che vi intervenne. Ma quell' articolo si volle modificare nelle provincie napoletane mercè il decreto del 17 febbraio 1861; e in questa parte la modificazione (che in altre parti è meritevole di sommo elogio) è infelice e viziosa. La correzione consistè per l' art. 4 n. 3 del citato decreto nel disporre che la scusa dell' eccesso nella difesa del pudore altrui dovesse ammettersi anche a favore degli *ascendenti, discendenti, coniugi, fratelli ed affini nel medesimo grado.* Questa emenda fu infelice e viziosa: — 1.° perchè errata nel concetto motore, essendosi creduto di allargare la scusa mentre invece evidentemente si restringeva; — 2.° perchè si usò la parola *vendicare*, la quale era propria ed esatta finchè parlavasi di provocazione, ma inesatta e falsa quando accomunavasi all' eccesso di difesa; — 3.° perchè dopo questo articolo è venuto ad interdirsi al giu-

dice di ammettere la scusa dell' eccesso in una reazione che mosse alla difesa della vita o della pudicizia di una cugina, di una fidanzata, nonchè di altra persona seriamente aggredita. Lo che per opinione mia e per la dottrina prevalente nei codici contemporanei (come nell' antica dottrina) è esorbitante di rigore.

(1) Ecco il testo di questa celebre costituzione, la quale fu promulgata da Guglielmo I assunto al regno di Sicilia nell' anno 1150 (Giannone *storia civile del regno di Napoli vol. 2, lib. XI e lib. XII*) e che poscia fu corredata di novella sanzione da Federigo secondo quando nel solenne concistoro tenuto in Amalfi nell' autunno dell' anno 1231 promulgò insieme con le novelle leggi da lui ordinate quelle dei suoi predecessori alle quali voleva fosse conservato vigore; abrogando ogni altra che in quel novello corpo di diritto (compilato dal celebre Pier delle Vigne) non fosse stata da lui inserita. Il testo di questa costituzione io lo trascrivo dalla splendida collezione fatta a cura del Breholles l' anno 1854, edizione di Parigi *Plon Fratres*, intitolata *historia dyplomatica Friderici II, vol. 1, pars 1, pag. 23.*

Omnes nostri regiminis sceptro subiectus decet majestatis nostrae gratia gubernari; et alterum ab altero, tam marcs quam feminas, nec a majoribus, nec a minoribus, nec equalibus defendendo pacis gloriam confovere; nec pati aliquo modo vim inferri.

Miserabiles itaque mulieres, quae turpi questu prostitutae cernuntur, nostro gaudeant beneficio gratulantes, ut nullus eas compellat invitas suae satisfacere voluptati. Contra hoc generale edictum satagentibus confessis atque convictis ultimo supplicio puniendis; habito tamen considerationis ordine, quod si in locis habitabilibus vis fuerit illata, clamor oppressae truculenter emissus, quam citius poterit elucescat; alioquin non videbitur vis illata, si mora

fuerit octo dierum spatio subsecuta, nisi forsitan iis diebus invita probetur fuisse detenta.

(2) Ecco il testo di tale costituzione: *quicumque mulierem clamantem audierit, cui forte violentia ingeratur, ad currendum et succurrendum ei volumus audientem esse velocem. Quod si non fecerit quatuor augustales in poenam tam nocivae desidiae camera nostra componat. Nec ad evitandam poenam aliquis simulare potuerit abauditum vociferationis, qui aut sub eodem tecto, aut loco fuerit unde vocem audire potuerit, qui surdus, aut sine dolo malo claudus, aut aliter imbecillis, aut vociferationis tempore dormiens, non probetur.* Questo editto può servire di appendice a quanto dicemmo sulla legittimità del diritto di difesa anche a vantaggio di un terzo (§. 300). Il diritto alla *difesa altrui* è stato recentemente dimostrato di nuovo dal Gregory nella sua dotta dissertazione — *de moderamine inculpatae tutelae, Hagae Comitis,* 1864, *pag.* 63. Ivi sostiene pure che questo diritto deve riconoscersi ancora nella difesa della *pudicizia altrui,* quantunque la donna a salvezza della quale si è ucciso il violentatore, non fosse all' uccisore legata per alcun vincolo di parentela o di affetto. Acutamente questo scrittore distingue la vendetta privata dal moderame. I rapporti di parentela che possono essere richiesti allo svolgimento della prima non hanno importanza sui limiti del secondo.

§. 1528.

Una seconda fase della dottrina fu quella in cui rejetta ogni distinzione si volle inesorabilmente colpita dalla pena ordinaria (fosse anche la morte) la violenza carnale quantunque esercitata sopra una pubblica prostituta. Cotale insegnamento ispirossi forse all' odio contro il peccato. E se in cotesti tempi certe distinzioni sulla oggettività del reato fossero state lucidamente comprese potrebbe dirsi che

tale dottrina ebbe ragione nella idea che il delitto di violenza carnale togliesse la sua esclusiva criminosità dalla offesa alla libertà personale, indipendentemente da ogni riguardo alla contaminazione del corpo (1).

(1) Non la guardarono così per la minuta gli antichi quando obbedendo ad un sentimento indefinito di antipatia contro il libidinoso violento adeguarono indistintamente la pena: Carerio *practica criminalis pag.* 234 — De Rosa *praxis crim. lib.* 3, *cap.* 2 — Carpzovio *jurisprudentia pars* 4, *castit.* 30, *def.* 3 — Lauterbach *disput.* 65, *thes.* 44 — Langlaeo *semestrium, lib.* 8, *cap.* 7, *pag.* 525 — Mellio *instit. jur. crim. tit.* 4, §. 16 — Sorge *enucleationes tom.* 9, *cap.* 45, *n.* 23 — Groenewegen *de legibus abrogandis, pag.* 300 *in l.* 22, *C. ad leg. Jul. de adult.* — Voet *ad pandect. lib.* 48, *tit.* 5. Nè così per la minuta l'hanno guardata i codici contemporanei (che pur sono molti) i quali non tennero nessun conto del meretricio della donna come diminuente la penalità della violenza carnale. È vero che per molti di cotesti codici si ripete la giustificazione che avendo essi largito ai giudici la facoltà di riconoscere le *circostanze attenuanti,* non ebbero essi bisogno di andare nei singoli reati rintracciando ed enumerando le condizioni eccezionali che potevano alleggerirne la politica quantità. Ma sul proposito di cotesta erba bettonica delle circostanze attenuanti indefinitivamente lasciate alla balìa del giudice io già tante volte ho emessa la mia professione di fede che sarebbe inutile tornarvi sopra.

§. 1529.

La terza ed ultima fase è quella in cui la violenza in meretrice è punita, ma più mitemente assai che non la violenza in femmina onesta. Questa

è la nltima dottrina che prevale oggidì nella scienza, ed è accolta dai migliori codici contemporanei (1). La essenza di fatto della violenza carnale indubitatamente è completa quantunque cada su donna disonestissima, sempre chè fu fatta schiava la sua contraria volontà alla prepotente forza dell' oppressore. Ma è altresì indubitato che la quantità naturale del maleflzio è di gran lunga minore quando non ricorre nel fatto la contaminazione della moralità nel corpo della donna. Laonde bisogna ammettere che la violenza carnale abbia in cotesta ipotesi un peso di gran lunga minore sulla bilancia della giustizia. Oltre a ciò se ne minora eziandio direttamente la quantità politica perchè quell' nomo che tanto osò sopra una vile prostituta, non avrebbe osato altrettanto sopra una matrona o sopra pudica donzella: laonde l' allarme che viene a sorgere pel maleflzio sotto simile forma è incontrastabilmente minore. In una parola, coordinando il dettato pratico ai principii fondamentali della scienza, il meretricio della donna compressa non è a ravvisarsi come circostanza degradante la impntazione, poichè le forze soggettive del reato rimangono nel loro stato completo. Essa è veramente una circostanza che modifica la quantità naturale, e conseguentemente la quantità politica del reato, perchè ne minora la forza oggettiva così fisica come morale. Dappoichè non solo per la violenza inferita alle svergognate meno si turba (come ho detto) la opinione della propria sicurezza nelle femmine oneste; ma veramente incontrasi nna lesione di minor numero di diritti. Due diritti si ledono per cotesto reato nella femmina onesta: il diritto alla conservazione della pro-

pria pudicizia, che è leso per l'avvenuta contaminazione del corpo; ed il diritto alla personale libertà, che è leso per il soggiogato volere. Nella meretrice al contrario non potrebbe seriamente valutarsi come lesione di un diritto la contaminazione del corpo ormai pur troppo contaminato, nè il violato pudore che dalla sciagurata erasi ormai irreparabilmente perduto. Rimane pertanto a costituire la oggettività del maleflzio il solo diritto alla libertà personale (2): e se ne togli la idea del peccato cotesta violenza altro non è che una forma speciale di violenza privata, la cui valutazione politica tutta dipende dal valore della libertà conculcata. Questo pensiero rivelasi nel codice Toscano che alla violenza carnale sulla meretrice commina il carcere (art. 290) col massimo di due anni; come il carcere col massimo di due anni (art. 361) commina contro qualunque altra violenza privata. È per cotesta guisa che spessissimo si ritrova in certe dottrine presentito dalla pratica un logico e necessario coordinamento con i precetti che la scienza moderna ha posto a cardine del giure penale. Ella è una storia costante del progresso umanitario che certe verità si siano spessissimo intravedute assai prima che lo studio facesse aperta la loro ragione filosofica.

(1) Hanno reso omaggio a questa giustissima differenziale i seguenti codici. La violenza punita dal codice Toscano (art. 281) con la casa di forza, è punita col carcere se cadde su meretrice (art. 290); il codice Napoletano (art. 333) puniva la prima con la reclusione, la seconda (art. 343) con uno o due gradi meno; il codice Sardo (art. 489) con la relegazione la prima, e con la stessa pena diminuita di uno

a tre gradi (art. 499) la seconda; il progetto di codice penale delle Cortes Spagnuole (art. 670) proponeva pure la riduzione alla metà della pena; l'attuale codice Brasiliano (art. 222) riduce la pena alla prigione da un mese a due anni; il codice delle isole Ionie mentre punisce (art. 656) la violenza con sei a dieci anni di lavori pubblici, riduce la pena (art. 661) alla casa di disciplina da tre a cinque anni se cadde su meretrice; il codice del Perù (art. 554) riduce in tale ipotesi la pena alla metà. Il meretricio della violentata non è dunque una attenuante per noi che *attenuanti* conosciamo soltanto rispetto alla *pena* ma nessuna ne conosciamo rispetto alla *imputazione*. Non è una *degradante* della imputazione, perchè la forza morale soggettiva del delitto può rimanere nello agente (intelletto e volontà) in stato normale. Cosa è dunque? Ci pareva di averlo detto assai chiaro. È un criterio che diminuisce la *quantità naturale* del delitto, perchè sviluppa la lesione del solo diritto alla libertà, anzichè la duplice della libertà e della pudicizia. È un criterio che diminuisce la *quantità politica* del delitto rendendone minore la forza morale oggettiva perchè del violentatore della prostituta non hanno ragione di allarmarsi le femmine oneste. In una parola è un criterio per il quale si *punisce meno* perchè si *imputa meno:* e si *imputa meno* per la patentissima ragione che vi è *meno*. La dottrina ontologica non deflette mai dalla sua linea. Se la violenza in meretrice incontra pena minore non è per una benignità; non per un riguardo empirico o terapeutico, come piace dire a taluno: no, è per obbedienza ad un precetto di rigorosa giustizia. Portate la dottrina penale nel campo elastico delle attenuanti e vi gettate in un ambiente pieno di nuvole erranti che vi impediscono la luce del sole.

(2) Resta il solo *crimen vis*, perchè la donna non ha più onore da perdere nè pudicizia da violare: Berner *Lehrbuch* §. 190, *pag*. 465. Al contrario non si modifica la *quantità naturale* del delitto, ma soltanto se ne modifica la *quantità politica* per la *imprudenza* e *procacità* della femmina che fu

violentata: Bohemero *decisiones pars* 3, *tom.* 3, *decis.* 838. Vedasi §. 1540 e la nota.

§. 1530.

Ma se i migliori codici contemporanei hanno riconosciuto una diminuente nella circostanza del meretricio della donna violentata, restiamo però nella pratica tuttavia fluttuanti sull' applicazione di cotesto principio. I codici infatti usando il predicato di meretrice si astengono dal definire il concetto giuridico che vogliono annesso a cotesta parola. E sappiamo quanto siano oscillanti (1) i dottori intorno a tale definizione. Alcuni cercando il criterio di cotesta condizione nella moltitudine degli uomini ricevuti benchè senza prezzo; altri nella venalità quantunque senza moltitudine; altri nella venalità e nella moltitudine insieme concorrenti; altri infine esigendo la solenne iscrizione nel libro edilizio; altri riferendosene al giudizio della pubblica opinione, ed attendendo il pronunciato dal labbro dei testimoni.

(1) Damhouder (*practica criminalis cap.* 13, *n.* 95) segnalò il caso della donna che un uomo tenga a sua posta, e disse non essere equiparabile alla meretrice quantunque *quaestus vel amoris gratia* fosse stata qualche volta infedele al suo drudo. E fondamento di tale dottrina si ha nella *l.* 43, *ff. de ritu nuptiarum:* la quale peraltro, se bene addentro si guardi, ci mostra che la divergenza su questa difficile definizione risale persino ai giureconsulti romani: vedasi Meister §. 241 — Kress *in C. C. C. art.* 119, §. 2, *not.* 2 — Bergero *oeconomia juris, lib.* 1, *tit.* 2, *thes.* 13, *n.* 4 — Bergero *responsa pars* 1, *pag.* 444 — Harpprecht *in instituta n.* 31, *pag.* 1092 — Puffendorf *vol.* 2, *obs.* 18

— Berlichio *decis.* 299, *n.* 7 — Grantzio *defensio inquisitorum cap.* 6, *memb.* 2, *sect.* 2, *art.* 5, *n.* 205. — Gregorio *syntagma pars* 3, *lib.* 36, *cap.* 9, *n.* 4 — Ursini *de quaestu meretricio, Halae* 1737, *n.* 40 — Gerstlacher *tractatus de stupro pag.* 29, §. 22 *ad* 26. Uno speciale criterio della meretrice sembra essersi posto innanzi dall' Hommel (*rhapsod. observat.* 211) il quale lo fa dipendere dalla località dove si esercita la incontinenza. Sono per lui meretrici — *quae amplexus vendunt non comodant, dummodo in publicis lupanaribus hoc faciant, non quae privatim hoc faciunt.* In altra via corse il Koch (§. 266) circoscrivendo la *meretrice* con questi termini — *ad rem non pertinet utrum gratis an quaestus ergo: utrum tecte an publice vitium suum exerceat. Sic quoque ex quantitate et numero concubituum meretrix nequit definiri.* E a lui fu concorde il Puttmann §. 568 — *In lupanari an clam, gratis, an pro mercede, aliorum libidini pareat nihil interest; nec numeros admissorum, sed solum vulgivugae veneris exercitium inspicitur;* e prosegue confutando la celebre esagerazione dell' Accursio. E ciò basti a mostrare come stia nell' indefinito cotesta nozione. Nè alcuna chiarezza trovasi neppure nei frammenti dei romani giureconsulti nei quali talvolta si riservò il titolo di *meretrice* a quelle che tali potevano dirsi *legalmente* perchè inscritte nel solenne registro edilizio; e talvolta applicossi ancora alle non inscritte che illegalmente esercitavano la inverecondia loro. Laonde alcuni moderni scrittori sostennero che le pene a cagione dello stupro non si irrogassero dai romani indistintamente alla femmina, ma soltanto a quelle che conducessero vita meretricia *illegalmente*, cioè senza la solenne iscrizione: vedasi Puttmann *in ejus opuscula, dissertatio* 12, *leges ineptae criminum caussae;* e Mellio *instit. jur. crim. lusitani tit.* 10, §. 10. Sulla quale interpetrazione della legge 20, *C. ad leg. Jul. de adult.* disputano gli eruditi.

§. 1531.

Ma in faccia al silenzio della legge ed alla fluttuanza dei dottori circa la definizione della meretrice, io credo importantissima una osservazione, ed è che debba tenersi come assai differente cotesta nozione secondochè trattasi di condurre la medesima ad applicazioni *odiose* contro la donna; oppure trattasi di applicarla al fine di accordare la scusa a chi impacciandosi violentemente con donna credette di dirigere gli atti suoi sopra femmina di mestiere. La base di cotesta distinzione trovasi in ambo gli aspetti nell' aureo dettato *semper in poenalibus benignior interpetratio sumenda est.* Quando voglia affibbiarsi la giornea di *meretrice* ad una sciagurata pel fine di notarla d' infamia, di privarla di certi diritti civili, o sottoporla a coercizioni o inibitorie quali hanno costumato e costumano nelle diverse genti (1), non può senza esitazione corrersi a qualificare siffattamente una femmina per ogni traccia che apparisca di suo mal costume. A questo fine interrogati i dottori poterono rispondere non essere tale la donna che per solo appetito dasse copia di sè, nè quella che da un determinato numero di suoi confidenti quantunque parecchi, ricevesse prezzo dell' opera sua. Ma quando invece si cerca se ricorrano o no le supreme ragioni per le quali il giure penale ravvisa la violenza esercitata su femmina come di minore gravità politica in ragione della immorale condotta della femmina stessa, non può andarsi a mio credere per via di rigorose definizioni: ma piuttosto bisogna che il giudice apprezzi

qual fosse la opinione pubblica in proposito di colei, e illuminato da questa decida secondo prudenza sua: appunto perchè il criterio che diminuisce la quantità del reato si connette con la opinione pubblica così soggettivamente come oggettivamente. Soggettivamente, perchè la opinione pubblica che teneva quella screditata come donna di mestiero influì sulla determinazione criminosa, e portò il colpevole a fare su lei quello che non avrebbe osato su donna onesta, riputando commettere un minor male col non rispettare una resistenza che non da pudore nasceva ma soltanto da speculazione o capriccio: oggettivamente perchè ne è minore il danno immediato non potendo avvenirne il disonore di quella che già la pubblica opinione teneva per disonorata; e minore n'è sempre come dissi il danno mediato precisamente perchè codesto danno, che dalla opinione tragge gli elementi della sua vita, subisce nel proprio aumento e decremento piuttosto le leggi della pubblica opinione che quelle della rigorosa realtà delle cose. Laonde hanno fatto benissimo (a mio parere) i legislatori esprimendo la idea con una parola vaga ed indefinita, lasciando così larghissimo il campo alla prudenza dei magistrati nella sua applicazione.

(1) Sulla storia delle diverse prescrizioni e misure che si presero negli andati tempi e che si adoperano oggidì dai diversi popoli contro le miserabili che fanno traffico della loro onestà, vedasi la eruditissima opera di Parent-Duchatelet *de la prostitution, Paris* 1857 — Béraud *les filles publiques, Bruxelles* 1839.

§. 1532.

Ed anzi su questo proposito io tengo per fermo che al fine della scusa debba giovare al colpevole anche una giusta credulità rapporto al meretricio della donna compressa quantunque ne manchi la completa dimostrazione. Cotesta opinione sotto il punto di vista dell' autorità trova conforto nella *l. 15, §. 15, ff. de injuriis,* ove il giureconsulto propone il caso di chi abbia diretto proposizioni oscene *(appellavit)* alla vergine perchè vestita da ancella, o alla onesta matrona perchè abbigliata da cortigiana; e poichè l' *appellazione* diretta a donna onesta pei romani costituiva una ingiuria, il giureconsulto avverte che in siffatta ipotesi *minus peccat* a cagione dell' abito servile, e assai meno ancora a cagione dell' abito meretricio. Il concetto della qual legge i commentatori espressero con la formula *sibi imputet si habitu meretricio incessit.* A parità di ragione dovrà sul dettato di cotesto frammento ripetersi nel delitto di violenza quel *minus peccat* che il giureconsulto espresse pel delitto d' ingiuria. Non è qui propriamente una analogia, ma una identità di ragione. La illazione al caso nostro sta unicamente in questo punto che si trasporta il responso dall' *abito* (1) *materiale* (oggi in dissuetudine) all' *abito morale* (2).

(1) Sulle leggi sontuarie romane ed altre prescrizioni edilizie relative alle meretrici vedasi Labatut *les édiles et les moeurs, Paris,* 1868, *pag.* 21. — Thibaut *Trattati.*

Napoli 1853, *trattato* 8, *pag.* 229 — Schubert *de romanorum edilibus, Regimonti* 1828, *lib.* 3, *cap.* 5, *pag.* 502-523.

(2) Dalla regola indubitata che la criminosità della copula obieitata all' uomo per la condizione di demente nella donna compressa abbia necessità della *scienza* di quello stato, se ne trae una ulteriore dimostrazione dell' altra regola parimente inconcussa che nei delitti contro la pudicizia non può ammettersi imputazione in ragione di *colpa:* Schutze *Lehrbuch* §. 73, *pag.* 336, *nota* 13 *in fine; e pag.* 332, *nota* 6. Ma se per il consenso dei migliori maestri non può ammettersi come politicamente imputabile il titolo di *violenza carnale colposa*; e se è indubitato che *l' errore vincibile* trasporti la imputazione dalla ragione del *dolo* alla ragione della *colpa*, ne deriva come inevitabile conseguenza la verità della mia tesi. Lo errore vincibile opera la esclusione completa del *dolo* quando nella opinione dello agente esso errore convertì in atto *innocente* l' atto che in verità era contrario alla legge; e deve operare la esclusione del *dolo* in ordine alla maggiore gravità del reato quando nella opinione dello agente esso errore fece apparire come reato più leggiero quello che in faccia alla verità dallo agente ignorata era reato più grave. Il di più non conosciuto nè previsto, non sarebbe imputabile che in ragione di *colpa;* ma se la *colpa* non è imputabile nella violenza carnale (e in generale nei delitti di carne) bisogna concludere che quel di più non ha valore nel calcolo della imputazione e della pena. È vero che fra i vecchi pratici incontrasi qualche singolare opinione che parrebbe ammettere la imputabilità dello stupro colposo: Pileo *quaestiones juridicae, quaest.* 23. Ma queste aberrazioni di sottili intelletti appartengono ormai alla storia, e non possono restituirsi in vita nè nelle scuole nè nella pratica.

§. 1533.

Si conforta poi cotesta opinione sul cardine ineluttabile dei principii fondamentali relativi alla im-

putazione: in virtù dei medesimi cotesta circostanza divenuta proteiforme, se per la mancata realtà delle cose non può calcolarsi come diminutiva della *quantità* del reato, deve però valutarsi come degradante la imputazione e *minorante* la forza morale soggettiva del maleflzio. Infatti è principio inconcusso di giure penale che l' *errore di fatto* quando è essenziale agisce sul grado della imputazione fino al punto di toglierla se fu invincibile, e di minorarla se fu vincibile. Ed è pure costante l' applicazione che di tale principio si fa e nella scuola e nella pratica; non solo pel caso in cui lo errante credesse di fare cosa innocente, ma ancora pel caso in cui egli credesse di far cosa meno rea. Così l' uccisore del padre si esonera dall' aggravante del parricidio se credette essere a lui straniera la persona che uccise: così chi rubò cosa consacrata senza conoscerla tale: chi usò con donna maritata credendola libera, o con donna sacrata a Dio non sapendola in cotali legami: ed ogni altro che si aggiri in casi consimili, trova giovamento nell' errore di fatto non pel fine di evadere ogni responsabilità (poichè sempre scientemente versò in cosa illecita) ma pel fine di rispondere soltanto del delitto che egli credeva di consumare, e non dell' aggravante nella quale incorse senza saperlo. Questa indubitata dottrina trova per necessità logica la sua applicazione nella ipotesi di che ragiono. Colui che violenta una femmina da lui creduta una meretrice, benchè tale ella non fosse a rigore di termini, è sotto lo influsso di un *errore di fatto;* il quale errore di fatto è essenziale in quanto alla maggiore gravità del reato che ha sua ragione nella onestà della donna com-

pressa. Sia pure che tale errore abbia a giudicarsi vincibile: ciò non pertanto il dolo completo in quanto alla forma ordinaria della violenza carnale non si ha: si avrà il dolo in quanto alla sua forma straordinaria, e la colpa derivante dalla vincibilità dell' errore in quanto alla sua forma ordinaria: tanto basta perchè non possa applicarsi nel suo completo la imputazione e la pena ordinaria (1). Certamente non si potrà menar buono quel facile pretesto a chiunque lo venga allegando sul fondamento di vaghi rumori: non si potrà menar buono a chi pretenda desumere l' error suo da conosciute facilità che la donna abbia ad altri accordato: non si potrà in una parola accogliere una scusa di codesto colore senza gravissimo fondamento; e tale fondamento dovrà sempre aver base in atti colpevoli, o per lo meno notabilmente imprudenti della femmina stessa. Tutto ciò richiamerà il giudice ad usare grande ponderazione nello applicare la regola ai casi concreti, ma niente vale come obiezione contro la regola. A tutte coteste difficoltà ed osservazioni è andato incontro il codice dei Grigioni del quale qui mi piace riferire il concetto. Al §. 132 commina contro la violenza in femmina la pena dell' ergastolo fino a dieci anni se la violentata era di *irreprensibile condotta; altrimenti* la pena può scendere fino alla prigionia anche sotto i tre anni. In siffatta guisa si sono tolte tutte le delicate dispute relative alla definizione del meretricio: ma si è egli raggiunto il vero concetto della regola? Io ne dubito seriamente. La condizione di *irreprensibile condotta* è di somma difficoltà, e porge facile adito ad eludere la severità della legge. D' altronde quello ar-

ticolo è gravido di scandali. Non è a temersi scandalo pregiudicevole alle famiglie quando la scusa si stringa nei limiti del meretricio. Ma quando la legge pone come circostanza che grandemente diminuisce la pena qualunque *reprensibilità* nella condotta della femmina, essa dà all' accusato e suo difensore l' irrecusabile diritto di sindacare tutta la vita anteatta della donna violentata; e così risuscitando colpe giovanili o dimenticate o nascoste, in riparazione della onta patita versare su quella infelice il pubblico dileggio, rompere per sempre la quiete di una famiglia, e recar forse alla vittima danno maggiore che non le avea recato il delitto (2).

(1) Carpzovio *quaest.* 75, *obs.* 7 — *Neque enim hic de meretrice proprie sic dicta solum quaestio est, sed etiam de ea quae more meretricio vivit, et famam sinistram gestibus, actibusque scandalosis contraxit, quum hodie non lupanaria et domicilium, sed mores spectentur* — Sarno *prax. crim. cap.* 10, *pag.* 76 — Angelo *de delictis pars* 1, *cap.* 124, *n.* 41 — Covarruvio *resolut. lib.* 3, *cap.* 14, *n.* 2: e lalamente il Deciano *tract. crim. lib.* 8, *cap.* 7, *n.* 10. Vedasi anche Brunnemann *in l.* 4, *C. de injuriis,* e nella *exercit.* 25; e Carmignani *teoria delle leggi, vol.* 2, *pag* 139. E benissimo nei più espliciti termini l' Harpprecht *decis.* 25, *n.* 59 — Kress *in C. C. C. artic.* 119, §. 2, *et art.* 118, §. 6 — Engau *elementa lib.* 1, *tit.* 17, §. 257 — Dambouder *cap.* 97, *n.* 11 — *Si in postribulis reperta sit juvencula lasciviens et quasi meretricio habitu ornata, et contingeret ut eam aliquis pro meretricula vi comprimeret, is certe compressor excusandus esset et nullo modo ob quaerelam juvenculae etiam criminaliter puniendus esset, etiamsi ex ea compressione stuprum contingisset, cum enim in meretricio habitu et in loco mere-*

tricio reperta fuerat pro vera meretrice omni jure censeri debebat. E notisi che se il Damhouder esige la condizione del reperimento *in loco meretricio*, la esige al fine di esimere da ogni pena. Ma tale condizione non ripetono gli altri per il fine di desumerne una semplice minorante.

(2) Mittermaier nelle sue osservazioni sul nuovo progetto bavarese insegna che le pene contro lo stupro devono avere un *minimo bassissimo*, per la ragione (così egli dice) che *assai spesso la violenza non fu vera ma ostentata dalla ragazza, e spesso ancora trattavasi di donna già perduta, la notoria disonestà della quale fu incitamento al violentatore*. Noi non ci aspettavamo simile osservazione da quel dotto criminalista. La violenza su donna onesta è meritevole di pena severa, ma si deve esser certi che la violenza esista: nel dubbio sulla medesima non si deve punir meno, ma assolvere. E se cadde sopra donna corrotta la legge deve per questo caso stabilire una apposita minorazione di pena, e non già abbassare il minimo come regola generale. Lo abbassamento generale porta a due effetti: 1.° che si incoraggisca il violentatore di donna onestissima per la speranza di non incorrere che il minimo: 2.° che un giudice severo infligga il massimo al violentatore di donna disonestissima. Con tali idee non si preparano le vie ad una buona giustizia.

§. 1534.

Sul proposito della vita anteatta è prudentissima la regola che comunemente si insegna dai pratici. Quello su cui tutti gli scrittori sono concordi si è che ad avere codesta condizione diminuente è necessario che la donna fosse nell' *attualità* del meretricio: dallo averlo un tempo esercitato non nasce la condizione se poscia essa fece ritorno a vita più onesta. Il contrario sembrava potersi desumere dalla *l. 43 ff. de ritu nuptiarum;* dove Ulpiano vuole

si tenga come notata di infamia anche colei *quae desiit facere, quia turpitudo quae postea intermissa est non aboletur*. Ma facile è comprendere come a quel frammento si adatti la distinzione che ho svolto nel §. 1531 fra qualità meretricia cercata per sottoporre la donna a certe censure, e qualità meretricia cercata per scusare il violentatore. Al qual fine si richiede l' *attualità* (1) del meretricio.

(1) La divergenza che si incontra nei pratici sul proposito della cortigiana *emendata* cade in generale sulla esenzione dai privilegi odiosi inflitti contro tali femmine; sia in ordine alla macchia; sia in ordine alla facoltà di testificare; sia in ordine alla tutela dei figli; sia in ordine al diritto alla dote; sia in ordine alle leggi sontuarie, e simili. È in questo campo che sorgono gravi dissidii fra coloro che si ispirano al rigore degli antichi responsi, e coloro che si ispirano alla *l.* 23, §. *praesente sanctione C. de nuptiis:* vedasi Ruino *cons.* 131, *num.* 5, *lib.* 4 — Baldo *in l. in arenam C. de inofficioso testamento* — Campello *in constitutiones Urbini, tom.* 1, *pars* 2, *pag.* 778. Ma si comprende di facile quanta disparità di ragione corra fra cotesto punto di vista ed il presente. Laonde io non crederei che ad allargare l' attenuante desunta dal meretricio nella violenza carnale, potesse seriamente insistersi sulla regola che trovo generalmente ripetuta da parecchi pratici, non potersi dire emendata la meretrice se non dopo che abbia per il corso di tre anni continui condotto vita morigerata. Vedasi, sulla questione della donna che un tempo fu *disonesta* e poi divenne *onesta*, Cabedo *decis. Lusitanae, decis.* 55, *lib.* 1.

§. 1535.

L' antipatia contro il mal costume fece dettare ad alcuni dottori la regola severa che in questo

maleficio il tentativo dovesse punirsi alla pari del consumato delitto (1). Ma non vi è ragione nessuna per cui debba farsi simile eccezione ai principii fondamentali sulla economia della imputazione, e sul grado dei reati. E qui mi permetto di osservare che sebbene il codice Napoletano prevedesse la ipotesi dello stupro violento *mancato*, e in generale i criminalisti di quella provincia ammettano senza discussione e senza esemplificazione siffatta ipotesi, la cortezza della mia mente non è mai giunta a concepirne la forma, la quale a me sembra essere assolutamente impossibile a configurarsi.

(1) Bonfino *in bannimenta art.* 9, e gli altri citati dai Puttmann §. 593. Ma questa opinione più severa ebbe moderazione anche nella pratica, e fu più generale la dottrina che non potesse applicarsi la pena ordinaria senza la prova specifica della consumazione della copula: Carpzovio *jurisprud. pars* 4, *constit.* 30, *def.* 4 — Berlichio *pars* 5, *concl.* 41 — Puttmann §. 595 — Bergero *elect. jurisp. crim. pag.* 31. Anzi questa opinione prevalse nel tema di stupro violento anche appo quegli scrittori i quali esitavano ad accettare come massima generale assoluta la minore punibilità del tentativo: vedasi Leyser *spec.* 584, *medit.* 13. Malgrado ciò sembra che la giurisprudenza interpetrativa del codice Sardo abbia per vari giudicati della Corte di Parma e della Cassazione di Milano, insegnato che a forma dell' art. 489 il semplice *attentato* esaurisca le condizioni dello stupro violento. Il contrario sembra essersi ritenuto dalla decisione della Corte di Cassazione di Torino citata dal Ferrariotti (*Commentario teorico pratico del codice penale*, *pag.* 131, *edizione del* 1860) ed il contrario parimente si insegna dal Cosentino *codice penale italiano annotato*, *pag.* 335; ove pone come primo estremo richiesto dall' art. 489, *l' unione carnale consumata sopra individui*

dell' uno o *dell' oltro sesso*. Cotesta divergenza nasce forse dalla elasticità della parola *obuso* adoperata dall' art. 489, onde fu in questa parte opportunamente corretto nella riforma napoletana del 17 febbrajo 1861, che alla equivoca formula *obuso* sostituì l' altra più propria e recisa *stupro violento*. Sia per altro che vuolsi in faccia ai diritti costituiti certo è che per la scienza la violenza carnale è un delitto *materiale* che alla propria consumazione esige la consumazione della copula. Senza ciò rimarrà alternativamente o il titolo di *tentativo di violenza carnale* o il titolo *di oltraggio violento al pudore*. Ma per salire al tentativo di violenza, e non fermarsi sul semplice oltraggio, sarà anche qui necessario che del tentativo si assodino *separatamente* e distintamente i due ordinari ed indispensabili estremi dello elemento *intenzionale (fine di stuprare)* o dello elemento *materiale (principio di esecuzione)* della *copula*. Il primo di questi elementi lo rileverà il giudice dalle circostanze del fatto, e nulla può prestabilirsi como regola teorica tranne ricordare che in dubbio deve escludersi la intenzione più prava. Quanto poi allo elemento materiale, procedendo esso dalla natura costante dei fatti offre dei caratteri positivi, intorno alla definizione dei quali può il mal giudicato censurarsi dalla Corte di Cassazione. Così la Corte di Cassazione di Palermo nel Decreto del 27 novembre 1871 *(Eco dei Tribunali n.* 2462, *pag.* 766) potè bene decidere che il tentativo di violenza carnale non si costituiva dalle sole proposte oscene nè da atti fisici adattabili anche al solo oltraggio al pudore; ma vi occorreva il *principio di esecuzione specifica*. La quale ultima proposiziono non bisogna poi intenderla con troppo rigore, ma riferirla ad *atti esteriori univoci* che per natura loro rappresentino il principio della esecuzione specifica, come giudicò la Cassazione di Francia il 5 decembre 1828 in un caso nel quale (giova avvertirlo) avevasi un tentativo di ratto. Vedasi anche Winants *decis. Brabantiae vol.* 2, *dec.* 250.

§. 1536.

Deve però notarsi che non deflette dai principii fondamentali la regola per la quale il mero partecipante alla violenza carnale commessa da altri si vuole imputabile alla pari di colui che principalmente la consumò con soddisfacimento esclusivo della sua sensualità (1). La concorrenza all' atto consumativo del delitto con piena scienza, con volontà di agevolarlo fino al suo termine, e con efficace cooperazione, richiamano a questa ipotesi i principii generali sulla complicità. Cotesto partecipante non potrà dirsi *coautore,* ma neppure potrà dirsi semplice *ausiliatore.* Non potrà dirsi *coautore,* perchè fisicamente non prese parte nell' atto consumativo: ma dovrà dirsi *correo* perchè la opera sua concorse attualmente ad agevolare l' atto consumativo in sua presenza eseguito da altri. E quando dico *presenza,* non intendo parlare di presenza esclusivamente materiale, ma eziandio di presenza morale: cosicchè colui che facesse la guardia fuori della stanza entro la quale i compagni suoi consumano la violenza, sarebbe correo del delitto, concorrendo nella sua forza fisica al momento della consumazione.

(1) Vedasi Schiltero *exerc.* 49, §. 105. Delle diverse forme di complicità è da notarsi che nel presente reato non sembra concepibile quella che nelle scuole assume il nome speciale di *mandato a delinquere,* essendo nelle condizioni del mandato la utilità esclusiva del mandante (§. 452, 453) che male può concepirsi in un reato che ha per solo fine il piacere sensuale dell' autore fisico. Potrà bensì trovarsi anche

in questo reato la complicità per consiglio o per istigazione dettata da un malvagio animo senza nessun interesse proprio. Ed in questa, come nelle altre configurazioni della partecipazione nel presente titolo di delitto, potrà tornare a sorgere la interessante questione della comunicazione delle aggravanti desunte dalla *persona* dell'autore fisico (padre, servo, padrone, carceriere, ministro del culto) ma non ricorrenti nel complice. Ad escludere simile comunicazione sonosi poste innanzi nuove osservazioni, e nuove distinzioni dallo illustre Berner, professore a Berlino, nella interessante sua opera *Elementi di diritto penale tit.* 3, §. 109 e 110.

§. 1537.

La dottrina del *grado* nella forza morale del delitto non richiama a considerazioni eccezionali nella materia della violenza carnale, per quanto attiene alla minorante della età (1), della ubriachezza, del sordomutismo, del sonnambulismo, e dell'errore. La scusa della coazione sarà difficilmente applicabile a questo reato. Soltanto meritevole di qualche osservazione speciale sono le due ipotesi della *mania* e degli *affetti*. Essendo mostrato dalla esperienza che (tranne il caso eccezionale di un amore furente) questi reati hanno l'ordinario loro impulso in un erotismo esaltato, che per lo più è conseguenza di viziose abitudini, comprende ognuno che lo ammettere come scusa al medesimo la così detta mania erotica, quando si limita entro le forme di una smoderatezza di appetiti, sarebbe pericolosissimo ed equivarrebbe a dare una patente d'impunità a tutti cotesti malefizi. La scusa deve ammettersi dunque soltanto allora quando l'erotismo abbia talmente affetto le funzioni organiche del cervello da

generare una vera manìa con delirio; nel qual caso, mancando la coscienza del male che si fa, esige giustizia che la imputabilità si cancelli (2). Occorrono dunque in tali emergenze accuratissimi studi ai medici legali e grande cautela ai magistrati.

(1) Sulla minorante della età in questo malefizio parve elevasse dubbio qualche valente scrittore, per esempio il Puttmann §. 596. Ma poichè non trovo allegate le speciali ragioni sulle quali vorrebbe ordinarsi simile rigore; nè a me è dato indovinare tali ragioni; ed anzi la natura del delitto sembrandomi aprire adito alla più facile ammissione della scusa desunta dall' impeto giovanile, non credo meritevole di particolare dimostrazione l' accoglimento della regola generale.

(2) Io ebbi un caso pratico di manìa erotica in un giovine delle nostre montagne che nella primavera del 1853 uscito sulla pubblica via assalì l' una dopo l' altra successivamente tre donne, e tutte le violentò con effetto senza fare parola. Giustificai che per molti anni antecedenti quel giovine aveva subito in primavera degli accessi di furore ed era stato sottoposto a cura medica con pronto e perfetto ristabilimento. Gli antecedenti e concomitanti e susseguenti confortavano la difesa. Egli fu assoluto. Fui curioso per mio studio di tenergli dietro, ed ecco la storia. Egli fu rimesso alla potestà economica la quale lo consognò al padre con precetto di dar subito avviso all' autorità ogni volta che il figlio mostrasse preludii di esaltazione. Nella primavera del 1854 il padre mi venne innanzi dicendomi che la sera precedente suo figlio aveva dato chiari segnali di aberrazione d' intelletto. Lo condussi alla delegazione; il giovine fu posto in stanza di osservazione e dopo pochi giorni di cura la sua mente tornò in ordine perfetto. Nel 1855 commise la imprudenza di recarsi in Corsica a lavorare. Informatomi di lui dai suoi compagni al ritorno seppi che era rimasto nelle mani della giustizia francese, e condannato a pena criminale per violenze

alle donne. Probabilmente fu vittima di un nuovo accesso di furore non valutato da quei giurati ignari dei suoi antecedenti.

§. 1538.

In quanto agli *affetti* egli è manifesto che la scusa dell' *ira* e del *giusto dolore* trovano difficilmente termini abili in questo reato, se non voglia immaginarsi il caso, assai problematico, di un marito che vendichi il patito adulterio violentando la donna del drudo; o quello anche più problematico del proprietario che violenti la ladra colta in flagranti. Ma poichè se il caso ordinario di questo delitto presenta per suo impulso un disordinato biasimevole appetito che cerca suo sfogo sopra una donna qualunque, può peraltro talvolta procedere da un desiderio puramente *relativo* eccitato dalla passione di un prepotente *amore;* così i pratici promossero a questo proposito la elegante questione se in siffatta specialità criminosa dovesse l' amore accogliersi come degradante la imputazione (1). Noi stabilimmo (§. 321, 322) che la passione non poteva accettarsi come degradante la forza morale soggettiva del delitto, tranne quando era *cieca;* e che come cieca non poteva riconoscersi una passione se non quando eccitavasi all' aspetto di un male patito o temuto. Laonde l' amore nel suo rapporto col crimine di violenza carnale non potendo offrire l' aspetto di un male patito o temuto che agisca sulla determinazione volitiva, ma soltanto l' appetito di un bene sensibile da conseguirsi; la logica coerenza ai principii ci porta a negare recisamente ogni influsso giuridico a cotesta circostanza quando si contempli sotto la formula di *degradante* la imputazione.

(1) Esplicito in questa opinione è il D'Anethan *de meditato delicto pag.* 51 — *Is qui impetu tractus ardentis amoris nefandam vim intulerit virgini honestae pudicitiae, minus deliquisse censendus est, quam is qui habito consilio deliberatam et execrandam libidinem satiaverit.* La idea che lo impulso maggiore della tentazione dovesse essere scusa al maleficio, diede occasione alle più singolari speculazioni nella materia nostra. Si elevò (a modo di esempio) la disputa se dovesse più severamente punirsi il violentatore di donna vecchia e brutta che non colui il quale avesse oscenamente vituperato una giovinetta avvenente: tale questione può vedersi trattata in Puttmann §. 576 — Ludovico *dissert. an et quatenus affectus humani in foro considerentur,* §. 46 — Brunnemann *de proc. inquisit. cap.* 9, *n.* 65, 66 — Ritter *de eo quod justum est circa pulchritudinem* §. 41, *pag.* 59 — Torre *de crimine et poena stupri, argum.* 25, *n.* 22 — Damhouder *praxis rer. crim. cap.* 93, *n.* 13 *et seqq.* — Berlichio *pars* 5, *concl.* 58, *n.* 72 *et conclus.* 59, *n.* 16. — Klein *dissertat. vol.* 1, *dissertat.* 10, *de mitigatione poenarum favore matrimonii, cap.* 2, *n.* 184 — Ritzinger *in dissert. de poenis varior. delict. concl.* 27 *ad fin. pag.* 64. Il Langleo (*semestrium lib.* 8, *cap.* 1, *pag.* 494) volle fondare la mitigante della beltà sull'autorità di s. Giovanni Grisostomo, dimenticando che pericoloso sempre nel giure punitivo è lo argomentare dalla morale sia che in un senso di benignità, sia che in un senso opposto ciò voglia farsi. Trovasi ancora chi vuole ragionare cotesta dottrina sotto il punto di vista del danno, allegando che la contaminazione reca minor danno alla bella che alla deforme, perchè la prima nella propria bellezza ha ragione di sperare una occasione di nozze quantunque contaminata: laddove la seconda deserta della pudicizia e della beltà è ridotta in più disperata condizione. E non si vide che cotesto argomento poteva ripetersi nel confronto della donna ricca con la donna povera. Io non credo che con siffatte speculazioni sia da augurarsi oggi grande viaggio nel fòro, per quanto

in altri tempi possano essere state benefiche a declinare la pena di morte.

§. 1539.

Bensì la condizione puramente *relativa* dell' appetito che mosse alla violenza carnale io credo che possa e debba calcolarsi come criterio misuratore della *quantità politica* del reato. È incontrastabile che il fatto di un uomo brutale che nel domicilio di lei, od altrove, repentinamente assalga una donna appena a lui conosciuta nè seco legata da veruno antecedente rapporto, esprime il massimo grado di allarme che possa immaginarsi in questa forma di malefizio; in faccia ad un' aggressione eccitata da animalesco appetito non vi è donna per prudente che sia la quale possa dirsi sicura: è in opposti termini l' analogo corrispondente dell' omicidio per libidine di sangue, che spaventa ogni uomo, perchè tutti indistintamente espone al pericolo del suo rinnovamento lasciando quasi del tutto impotente la privata difesa. Laddove l' amante che corrisposto dalla amasia sua si è lasciato trascinare in un momento di ebbrezza a superarne la repugnanza mediante l' uso di forza, commette un crimine che per quanto sia brutto e vituperevole svolge il risultamento di un allarme minore del precedente. Ogni donna pensa che sovra lei non avrebbe quell' uomo osato altrettanto, ognuno calcola che la donzella fu vittima della propria imprudenza, e che conoscendo le amorose voglie del giovane non doveva esporsi ad essere colta soletta da lui, e poteva con cautela maggiore prevenire l' oltraggio proprio. Di qui minorasi in simile caso la diffondibilità del dan-

no mediato. Chi accettasse come normale la dottrina della spinta criminosa troverebbe questo secondo caso più grave del primo, perchè allo impulso della libidine che è comune ad entrambo aggiunge lo impulso dell' amorosa passione. Ma chi seguita invece la più vera dottrina, che dalla forza oggettiva del maleflzio rileva la giusta misura della quantità del reato, bisogna che decida diversamente. Non può fare appello alla teorica del grado, perchè la forza morale soggettiva del malefizio non si minora per il concorso di un appetito che o sotto una o sotto altra forma, è la condizione normale del delitto di carne. Ma fa invece appello alla teorica della quantità: e trovando nella seconda forma di malefizio una forza morale oggettiva minore per la minore diffondibilità del danno mediato, conclude che la quantità politica del misfatto è nella seconda notabilmente minore che nella prima. E questa è una prima osservazione (1).

(1) La scuola germanica del decorso secolo poneva la teorica degli affetti escusanti sopra una base diversa da quella su cui la pone la scuola italiana moderna. Essi prendevano per regola (Ludovico *an et quatenus affectus humani in foro considerentur*) che l' impeto degli affetti allora soltanto dovesse ammettersi come scusa all' offensore quando n' era stato causa un fatto *illecito* dell' offeso. Assisa la dottrina su questo terreno venivano alla conclusione che l' *amore* non fosse scusa alla violenza carnale, perchè non era colpa della donna essere bella ed appariscente ed avere eccitato i desiderii dell' uomo. Il Carmignani al contrario fondò la dottrina degli affetti non sul punto di vista morale, ma sul punto di vista psicologico e sul calcolo delle forze del delitto. E distinguendo fra passioni cieche e passioni ragionatrici; e

attribuendo il primo carattere alle passioni che muovono all' aspetto di un male, ed il secondo carattere a quelle che procedono dall' appetito di un bene, ci condusse alla identica conclusione: poichè l' amore non presentando all' anima un male da evitare, ma un bene sensibile da conseguire ed un appetito da soddisfare, non può essere noverato tra gli affetti che degradano la forza morale del delitto. In quanto però al problema che adesso ci occupa, se cioè la procacità della donna debba ammettersi come scusa al violentatore, le due opposte scuole giungono sempre all' identico risultamento; ma con una formula e modo sostanzialmente diverso. La dottrina che guarda le passioni sotto il punto di vista morale trova nello affetto eccitato per la procacità della donna una passione che *ebbe la sua causa nel fatto imprudente* dello stesso offeso: e conseguente al suo principio trova una *degradante* nella imputazione. Per tal guisa cotesta forma viene a rientrare nella dottrina del *grado*. Al contrario la teorica del Carmignani, per ciò che ho osservato, recisamente si oppone a che l' amore (semplice appetito di bene) si noveri fra le cause che per sè sole, tranne il caso del pericolo o danno dell' oggetto amato, possa ammettersi come *degradante* la forza morale soggettiva del malefizio. Laonde i dettati della nostra scuola ne costringono a riferire non più alla teorica del *grado*, ma alla teorica della *quantità politica* del malefizio la procacità ed eccitamenti della donna considerati come influenti sul reato di violenza. La richiamano a ragione ai calcoli della quantità politica, per la minore diffondibilità del danno mediato; la quale è sempre minore per i principii fondamentali della dottrina (§. 202) tutte le volte che l' offeso eccitò egli medesimo il delitto con la imprudenza propria; confortandosi per siffatta cagione nell' animo dei cittadini la fede nella potenza della difesa privata in faccia a simile forma di malefizio; a salvarsi dalla quale basta alla donna lo esser prudente, e serbare il doveroso contegno che la modestia le impone.

§. 1540.

Ma questa apre l'adito ad una seconda osservazione. Nei termini della violenza carnale usata dall' amante sull' amorosa sua, è forza ancora distinguere secondo il diverso contegno adoperato da lei. Se la donzella mostrossi tenacemente pudica e renuente ad ogni trattamento confidenziale, il caso avrà maggiore gravità. Ma se invece la donzella stessa mostrossi procace ad eccitare le voglie dell' amante, se a lui fu cortese di certi preludii i quali lo incoraggiarono a bramare di più, e lo resero audace a sperare una completa vittoria; sia pure che ella seriamente non volesse quel più che le venne fatto, sia pure che resistesse energicamente; il delitto svilupperà sempre un danno mediato minore. Perchè ognuno dirà con tutta ragione che la donzella fu scottata dal fuoco incautamente acceso da lei medesima; e la pubblica opinione sarà facile a scusare lo eccesso del giovine, più ritrosa a compiangere la donna imprudente; ed ogni altra dirà che a lei non sarebbe occorso altrettanto perchè con più onesta fermezza avrebbe troncato in radice le audaci speranze dell' amatore. Qual sarebbe la donna onesta che seriamente si allarmasse e temesse di sè all' udire che una donna si lagna di essere stata violentata dall' amante dopo averlo (a modo di esempio) notturnamente introdotto essa medesima nella propria camera (1) ad amoroso colloquio! Il delitto esiste anche in simili condizioni, e dev' essere severamente punito, ma dev' essere punito meno che nelle ipotesi precedenti. E ciò non tanto perchè si degradi la sua forza morale soggettiva, o ne sce-

mi la sua quantità naturale; quanto perchè se ne minora la *quantità politica* per lo allarme più limitato che suscita in cotali sue condizioni; nelle quali non può dirsi interamente mancata la potenza della privata difesa, ed invece può dirsi causa del fatto la inescusabile inconsideratezza della vittima stessa. Su queste idee pare a me che debba essere costruita la scala della *quantità politica* in questo malefizio; nella quale (salva ogni modificazione dipendente dai diversi criterii della sua quantità naturale) il sommo gradino si debba trovare nella violenza usata sopra donna onesta ed al colpevole sconosciuta, per giungere poscia di grado in grado a quello infimo che rappresentasi dalla violenza sopra la meretrice. Nè sarebbe difficile esprimere questo pensiero, che a me sembra giustissimo, con una formula legislativa di tutta semplicità, decretando un modico abbassamento di pena nel caso che la donna violentata avesse provocato ella medesima con un contegno imprudente i desiderii dell' uomo. Mi si dirà che a siffatto variare di circostanze deve provvedere la prudenza del giudice nel proporzionare la quantità della pena relativamente determinata. Ed io rispondo che, o lo sia per il giudice, o lo sia pel legislatore, la osservazione sarà sempre buona. Ma ripeto anche una volta che certe differenziali pronunziate e facilmente definibili dovrebbero, tostochè si riconoscono come giuste, aver sanzione esplicita dalla legge e non essere rilasciate allo eventuale arbitrio dei giudicanti.

(1) Fu generale fra i pratici lo insegnamento che la *procacità* della donna dovesse essere di scusa alla violenza

commessa dall' amante sovra di lei. Il Leyser *(meditat. spec.* 581, *medit.* 18) non esitò a proclamare come adattabile agli effetti giuridici la sentenza di Cicerone *mulier procax meretricem improbitate vincit*. Onde nega persino *(spec.* 583, *medit.* 12) alla donna il diritto alle indennità *si ad amorem allexit juvenem, ejusque colloquia, et oscula irritavit;* combattendo la contraria opinione del Mevio con l'autorità dello Strykio *ad Brunnemannum (Jus. E. P. lib.* 2, *cap.* 18, §. 26) del Richter *(decis.* 88, *n.* 18, *et seqq.)* e del Berlichio *(pars* 5, *conclus.* 38, *n.* 31). È frequentissimo il caso di donna amante, o lasciva o venale che annuisca alacremente fino ad un certo punto e si ricusi poscia ad ulteriori atti. Lessi in uno scritto del Mittermaier il caso singolarissimo di una cortigiana la quale dopo essersi per denaro prestata ad un ballo osceno nella casa di ricco signore lagnavasi di violenza perchè esso eccitato dal ballo aveala costretta resistente all' atto carnale. Ebbi io stesso a difendere innanzi la R. Corte di Lucca il caso in termini di donna che prestatasi spontaneamente alla copula si querelò di violenza per la forma nefanda alla quale improvvisamente il giovine avevala per sorpresa costretta. In simili casi la questione è delicatissima. Ma in genere può dirsi che se il delitto rimane pur sempre, rimane come offesa alla libertà personale, come forma speciale di violenza privata, ma non può seriamente desumere il criterio della sua quantità dalla offesa alla pudicizia.

§. 1541.

È controverso qual fosse la penalità di questo delitto presso i Romani avvegnachè i medesimi confondessero la *violenza carnale* col *ratto (l. 5,* §. *2, ff. ad leg. Jul. de vi publ.* §. *8, Instit. de publ. judiciis,* e *lex un. C. de raptu virg.)* e nella ipotesi del concorso di ambedue questi reati infliggevano la

pena capitale; laonde sorse quistione se quando la violenza non fosse stata accompagnata dal ratto essi ugualmente irrogassero l' estremo supplizio. Ma quando risorto lo studio del giure romano, si volsero i reggitori dei diversi popoli di Europa a costituire novelli ordinamenti penali per gli stati loro, prevalse la opinione che le leggi romane punissero indistintamente di morte lo stupro violento; e tra per questo, tra per le tendenze ad una effrenata severità, si condussero generalmente a punire anche questo malefizio di morte (1); come di morte è punito oggidì presso i turchi a quanto ne riferisce Eschbac *Droit musulman pag. 295.* Anche qui peraltro il progresso civile, la rettificazione dei principii fondamentali del giure punitivo, e il sentito dovere di un più giusto reparto di punizioni, hanno fatto generalmente sostituire in Europa pene più miti. Generalmente non si eccede oggidì la detenzione temporaria. La reclusione pel cessato codice Napoletano, art. 333: i lavori forzati a tempo pel già codice Parmense, art. 368: i lavori forzati fino a sette anni pel codice Estense, art. 426: i lavori pubblici a tempo pel codice Francese, art. 332: la galera a tempo pel codice Spagnuolo, art. 633: la prigione da tre a dodici anni pel codice Brasiliano, art. 222: l' esilio perpetuo pel codice Portoghese, art. 394: i lavori forzati fino a dieci anni pel codice Svedese, cap. 15, §. 12: i lavori forzati fino a nove anni pel codice di Malta, art. 195: il carcere duro da cinque a dieci anni estensibile a venti secondo i più gravi risultati pel codice Austriaco, art. 111: e così presso a poco gli altri. Per il codice Toscano la pena della violenza carnale è la

carcere da tre mesi a due anni (art. 290) quando cada su meretrice; la casa di forza da quattro a otto anni se cade in femmina libera; da cinque a dieci se in femmina conjugata; da sei a dodici (art. 281) se in maschio (2): si punisce della casa di forza da otto a quindici anni se la violentata ne abbia patito lesione grave o gravissima (3); e da quindici a venti anni (art. 285) se essa ne sia venuta a morire (4) quando la morte non fu prevedibile; e con l' ergastolo quando questa potè prevedersi. In tal guisa il codice Toscano ha ordinato la sua scala sulla mera contemplazione della quantità naturale del malefizio, senza che siavi disposizione nessuna che prenda in considerazione i criterii della sua quantità politica: e conseguentemente non riconosce aggravante nè pel servo, nè per l' istitutore, nè per il ministro del culto, nè per il padre adottivo o tutore quantunque abbia preso di mira queste ultime due qualità di persone nel caso di stupro semplice, limitandosi (art. 306) in quanto al caso della violenza ad aggiungere loro insignificanti pene accessorie. Il codice Sardo minaccia come pena ordinaria la relegazione (art. 489) estensibile ad anni dieci; che riduce da uno a tre gradi (art. 499) quando la violenza cada su meretrice; ed estende (art. 492) alla galera fino a quindici anni in ragione dei più gravi *risultamenti,* quando intervenne ferita o percossa costituente *crimine;* o quando ne sia derivato grave pregiudizio alla salute dell' offeso. Prende poi a considerare (art. 491) alcuni criterii della quantità politica del malefizio. Valuta i criterii desunti dalla *persona,* minacciando la galera per anni dieci se la violenza fu commessa da chi aveva autorità sulla

violentata, o dal suo istitutore, o dal domestico salariato della famiglia: e valuta i criterii desunti dai *mezzi* comminando questa stessa pena quando il colpevole a commettere il reato ebbe ajuto da una o più persone (5).

(1) Guido Papa *arresta pag.* 270 — *Constit. Elect. Sax. pars* 4, *constit.* 30 — Farinaccio *practica crimin. pars* 4, *tit.* 16, *q.* 147, *n.* 2 — *Fuero Juzgo ley.* 14, *tit.* 5, *lib.* 3 — *Partidas l.* 3, *tit.* 20, *p.* 7 — *Statuto Romano lib.* 2, *cap.* 51 — Galganetto *in statut. pag.* 659 — Ludovico *usus practicus distinctionum lib.* 48, *tit.* 5, *distinct.* 3 — Sorge *jurisprud. tom.* 9, *cap.* 44, *n.* 4 *ad* 28 — Gomez *in l. Tauri* 80, *n.* 42 — Bossio *tract. de coitu damnato n.* 67 — Grammatico *dec.* 22, *n.* 1 — Berlichio *concl. pract. pars* 5, *concl.* 42, *n.* 25: e di morte era punita fino al presente secolo la violenza carnale anche nella Svizzera (Seigneux *système de jurisp. crim. pag.* 247) che spontanea aveva accettato come suo codice penale e mantenuto quasi fino ai dì nostri la costituzione Carolina; ove all' art. 119 cotesta pena è sancita contro la violenza carnale purchè consumata. Di morte pure punivasi da altri statuti che ricorda Bohemero *meditat. in C. C. C. art.* 119. E qui mi piace notare che il Gomez ed altri dei citati insistono che debba punirsi di morte lo stupro dell' impubere commesso con violenza, per la ragione che trovano punito della deportazione o della galera lo stupro sull' impubere non accompagnato da violenza: dal che ne desumono che se l' uno e l' altro si punissero con la pena afflittiva ne avverrebbe che si parificassero nel castigo il caso della violenza vera con quello della violenza induttiva, *quod jura non sinunt*. Cotesta osservazione coincide con quello che ho già notato a confutazione della dottrina Carpzoviana; e mostra come le verità da noi propugnate si sentissero anche dagli antichi pratici, quantunque molti di loro non po-

tessero emanciparsi dal vincolo della parificazione sotto il punto di vista nozionale. Non poteva però dirsi universale la costumanza di punire con la morte questo reato; poichè per la pratica e per gli statuti di molti paesi la pena della violenza carnale non estendevasi che alla galera od anche soltanto alla relegazione, ed alla fustigazione; e questo anzi nei soli casi in cui fosse stata esercitata sopra un impubere: Wittenau *consil.* 64, *n.* 2 — Strykio *vol.* 2, *disp.* 21, *cap.* 13, *n.* 20 — Thesauro *dec.* 148, *n.* 1 *et* 2 — Winckler *opuscula minora opusc.* 7, *vol.* 1, *pag.* 30. Il Pessina (*pag.* 57) opina che lo stupro violento debba punirsi più severamente dello storpio, e della mutilazione, *perchè l' assoggettamento dell' individuo alla violenza venerea toglie il più importante elemento della integrità della persona, cioè l' integrità morale.* Questa regola di proporzione non parmi che possa trovare termini, se non dove concorra la deflorazione. Se per altro si studiano in proposito del confronto fra la penalità dello storpio e la penalità della violenza carnale i diversi codici contemporanei, si rileva che la opinione emessa dall' illustre criminalista per un nobile ed elevato modo di sentire se fu accettata da alcuni legislatori contemporanei non lo fu da tutti. Il legislatore toscano obbedì a cotesto sentimento fino al punto di punire la violenza carnale alla pari dell' omicidio; nel che pare s' ispirasse alla sentenza della *l. unica C. de raptu virginum in princ.* che dichiarò cotesti violentatori non dissimili dai micidiali. Ma spesso udii magistrati rispettabilissimi riprovare cotesta come una esagerazione.

(2) La prima legge pubblicata in Roma contro la violenza in maschio ingenuo fu la legge Scatinia. Intorno alla quale scrisse il Christio apposita dissertazione, che è la seconda a *pag.* 27 nella *Collectio dissertationum Academicarum*, pubblicata a Brema il 1785.

(3) Vedasi la nota a §. 1402. Anche la Corte di Napoli Sezione delle accuse con decreto del 30 ottobre 1872 sul ricorso *Muro*, sostenuto con dotta memoria a stampa dall' Av-

vocato Cesare Caruso di Avellino, ha stabilito in ordine all' art. 492 del Codice Sardo che la comunicazione della sifilide costituisce una circostanza aggravante dello stupro ma non un reato di per sè stante.

(4) L' aggravante che il codice Toscano all' art. 285 desume — ivi — *dallo essere la persona che ha patito il delitto venuta in sequela dei sofferti maltrattamenti a morire*, non ricorre a parer mio nel caso speciale che la violentata per vergogna della onta patita siasi in un momento di disperazione suicidata. È il caso di Lucrezia romana: e dico che non ricorre qui l' aggravante, perchè il testo del nostro codice richiede che la morte sia avvenuta *in sequela dei sofferti maltrattamenti*. Opinione contraria s' insegna da Schütze che prevede questo caso nel suo *Lehrbuch* §. 73 *pag.* 340, *nota* 23: ma è da notarsi che questo scrittore emette tale opinione in applicazione del §. 178 del codice dello impero tedesco, il quale usa la ben diversa formula — *se l' oltraggio violento* ABBIA CAGIONATO (verursacht) *la morte della persona lesa*. Morire *in sequela* coarta agli occhi miei il concetto alla causa *fisica* e *diretta* della morte: *aver cagionato* al contrario contiene tanto la causa *fisica* quanto la causa *morale*.

(5) Per le violenze carnali il nuovo Codice dell' Impero Tedesco ha conservato l' antica nozione dei reati di azione *semipubblica:* non si ammette inquisizione di uffizio per un rispetto alla fama della donna contaminata. Ma quando essa abbia fatto denunzia, e l' accusa sia stata formalmente proposta dal pubblico ufficiale, la quietanza della parte lesa non può più arrestarne il corso: la ragione di ciò trovasi dai commentatori nella cessaziono della causa, perchè una volta instaurata l' azione è ormai reso pubblico l' oltraggio patito: Schutze *Lehrbuch* §. 73, *pag.* 335, *nota* 11; il quale a *pag.* 336 *nota* 14, fa le meraviglie perchè uguale limitazione non siasi da quel codice riprodotta nello stupro per seduzione. A me peraltro non finisce di persuadere nè nell' un caso nè nell' altro, perchè la ragione di ammettere in qualunque stadio di causa la utilità della desistenza io la trovo oltre al riguardo

alla fama della donna anche nella coscienza che essa abbia della impossibilità di sostenere in un giudizio contraditorio quella violenza o quella frode che essa ad una prima scoperta del suo fallo dedusse (com' è costume) onde scusare un fallo pienamente volontario agli occhi dei genitori e dei conoscenti. Oltre a che troppo corre divario fra la pubblicità (quasi direi meramente *giuridica*) che sorge dagli atti di un procedimento tuttora segreto, e la pubblicità *reale* ed estesa che nasce da un solenne giudizio.

TITOLO III.

Oltraggio violento al pudore.

§. 1542.

Se noi ci facciamo a studiare il presente titolo nei vecchi pratici dovremo prestamente smarrire la diritta via; avvegnachè la maggior parte di loro non prendano a considerare come titolo di speciale reato i fatti che oggidì si richiamano sotto questa rubrica: in generale gli atti violenti esercitati contro l'altrui pudicizia che non consistevano nella congiunzione carnale tutti indistintamente si noverarono nella categoria degli stupri tentati (1). Cotesto era gravissimo errore che la scienza moderna non poteva continuare ad accogliere, e che doveva fugarsi in faccia alle più esatte nozioni del criterio speciale dei malefizi desunto dalla sua oggettività, ed in faccia alla più esatta circoscrizione del vero concetto giuridico del tentativo. Finchè un atto impudico presenta congiuntamente questi due caratteri: — 1° di essere dall' agente eseguito nello *intendimento* di giungere a consumare la copula malgrado la re-

sistenza incontrata; e — 2.° di essere per natura sua sufficiente a costituire un *principio di esecuzione* della medesima; sta benissimo che nel concorso di cotesti due caratteri si debba dire che il maleflzio è un' *attentata violenza carnale.* Ma non ogni atto impudico presenta siffatte condizioni; ed allora, applicando a tale atto la nozione del conato, si falsa la nozione stessa, perchè si ravvisa un conato dove ne manca l'elemento *intenzionale,* o l'elemento *materiale,* o forse ambedue. Manca l'elemento intenzionale del tentato stupro in tutti quelli atti impudici che furono fine a loro stessi, od anche che furono diretti ad uno sfogo di libidine che il malvagio bramava procacciare a sè stesso mediante l' atto medesimo od i successivi nei quali trovava il compimento del suo disegno senza giungere alla copula carnale. Dire che vi è tentativo di stupro nel fatto di colui che non aveva intenzione di conoscere carnalmente la donna alla quale usava violenza, vale lo stesso che creare il tentativo di un delitto che non si voleva commettere dall' agente; il che porta contradizione in termini. Manca l' elemento materiale in tutti quelli atti impudici i quali (quantunque fossero dall' agente posti in essere col disegno di giungere poscia alla copula violenta) in loro stessi non costituivano un principio di esecuzione della medesima. Così i toccamenti impudici possono ben essere dal colpevole consumati con l' intendimento di eccitare sè stesso o la femmina, e di farsi strada alla copula, ma non può dirsi perciò che nei medesimi si abbia di quella un cominciamento di esecuzione. Vi sarà l' elemento *intenzionale* del conato di stupro per lo scellerato fine, quando giungasi a

poterlo assodare nel processo; ma le mancherà pur sempre l' elemento *materiale*, perchè nel fatto non si avrà il materiale di una esecuzione incominciata, ma quello soltanto di atti preparatorii incapaci a costituire tentativo punibile: meri atti preparatorii sono quelli che i classici chiamarono *preludia*. Bisogna dunque per necessità costituire un titolo speciale di cotesti atti equivoci al fine di evitarne la impunità; la quale sarebbe il più frequente resultato dell' accusa che contro loro si muovesse sotto la forma di tentativo di stupro. Il tentativo di stupro bisogna definirlo — *qualunque atto nel quale si estrinseca il cominciamento di esecuzione della copula posto in essere col fine di giungere alla medesima, senza pervenire a consumarla*. Così la definizione della tentata violenza carnale ci conduce per via negativa a formarci una esatta idea del titolo speciale di *oltraggio violento al pudore* che per altra via sarebbe assai difficile definire a parole. L' *oltraggio* violento al pudore si ha dunque in — *tutti quegli atti impudici commessi sopra altra persona contro la di lei volontà, i quali non costituiscono tentativo di violenza carnale* (2).

(1) Siffatto equivoco è così generale che anche il Puttmann (§. 578) corse oltre senza discussione a riconoscere nei toccamenti impudici i caratteri di attentato stupro. Vedasi Forti nelle sue *conclusioni, edizione Cammelli, pag.* 121.

(2) Evvi peraltro una specialità nella quale cotesta nozione non serve ai bisogni pratici del diritto penale. Tale specialità è quella del marito che venga accusato di violenze esercitate sopra la moglie a fine di libidine. È indubitato che il marito per quanto possa essere rimproverato di brutalità non potrà

mai dichiararsi colpevole per tutti quegli atti coi quali si estrinsechi la consumazione o il tentativo della copula carnale. Ma è indubitato altresì che anche il marito può punirsi per oltraggio violento al pudore commesso sopra la propria donna, quando lei renitente cerchi sul corpo suo un indebito sfogo per modi illeciti, ed usi violenza a tal fine: ciò fu deciso in termini dalla Cassazione di Francia con decreto del 21 novembre 1839. Ora egli è manifesto che quando l'accusato sia un marito avviene un giuoco di rovescio nella posizione delle parti. Sinchè l'accusato è un estraneo, ha interesse di sostenere che il fatto non esaurisce gli estremi del tentativo di violenza carnale per incontrare la pena più mite inflitta all'oltraggio violento: quando invece l'accusato fosse un marito egli avrebbe interesse a sostenere che anche gli atti preparatorii debbono guardarsi come tentata violenza per evitare ogni punizione. Questo sembrerà repugnante alla nozione giuridica del tentativo: ma è repugnante altresì che il marito puniscasi per atti che nella mente sua si dirigevano al fine che sarebbe rimasto nel cerchio dei diritti maritali, solo perchè non giunsero al punto di esaurire nell'elemento materiale la nozione giuridica dell'attentato. La esaurivano nel disegno dell'agente e non nella materialità. Bisogna dunque nella nozione dell'oltraggio violento al pudore procedere con una distinzione quando se ne cerca la punibilità rispetto al marito. Rispetto a lui la nozione dell'oltraggio violento al pudore bisogna che si circoscriva nei più strettissimi termini. Vedasi Cosentino *pag.* 335 *e* 336.

§. 1543.

Ma se è facile riconoscere i caratteri del semplice *oltraggio violento al pudore* in moltissimi casi nei quali si presenta intuitiva la deficienza dell'uno o dell'altro dei due suindicati elementi del tentativo di violenza carnale, è però altrettanto ardua e

difficile l' applicazione pratica di quella nozione in quei casi ove l' elemento soggettivo rimane ancipite (1) perchè trattasi di atti i quali potrebbero essere un principio di esecuzione della copula, come potrebbero anche non esserlo; dipendendo ciò dallo accertare la intenzione con la quale vennero eseguiti. Ognuno facilmente comprende la materialità che qui voglio esprimere; materialità della quale non può dirsi che in sè stessa guardata sotto un punto di vista assoluto sia sempre un principio di esecuzione della copula, potendo essere ed essendo spessissimo fine a sè stessa, e l' unico fine che si proponeva l' agente di conseguire. In cotesta ipotesi l' elemento materiale dell' attentato non può accertarsi che mediante lo accertamento dell' elemento intenzionale; facendosi cioè persuasi che cotesti atti proteiformi furono posti in essere dall' agente come mezzo di consumare violentemente il congresso venereo e nello intendimento preciso di giungere a questo. Il che quanto sia difficile a stabilire in faccia ad un reo e ad una difesa che sempre allegano la meno malvagia intenzione, la pratica giornaliera lo mostra.

(1) Qual sia il criterio che distingue sotto il punto di vista *materiale* il delitto perfetto dall' imperfetto in questo genere di reati, tentarono definirlo gli scrittori medico-legali, ed anche parecchi legisti hanno amato dissertare su cotesto argomento: vedasi Gerstlacher *tractatus de stupro*. Ma per distinguere i tre casi, separati ormai dalla scienza moderna, e separati ancora da parecchie legislazioni contemporanee (voglio dire la violenza carnale *consumata*, la violenza carnale *tentata*, e il semplice *oltraggio violento* al pudore) non è tanto a guardarsi la *materialità* dell' atto, quanto la

intenzione dell' agente. Dirò meglio: il criterio che separa la violenza carnale consumata dalla tentata può essere ridotto alla ispezione puramente materiale quando consti della *intenzione dell' agente* esplicitamente diretta alla consumazione; allora si dovrà misurare dall' evento se la pena del delitto consumato, o quella dell' attentato debba al giudicabile applicarsi, e le verificazioni medico-legali saranno guida del giudice. Ma per distinguere la violenza carnale *tentata* dal semplice *oltraggio violento* al pudore, la questione è più delicata ed elastica, e la indagine materiale non sempre porge un lume sicuro: perchè molte volte quegli stessi atti che guardati puramente nella loro materialità sembrerebbero costituire un tentativo di stupro, non lo costituiscono giuridicamente, perchè la intenzione dell' agente essendo diretta ai medesimi come ultimo fine dell' azione, la mancanza di consumazione che resultò è attribuibile alla volontà stessa del colpevole e perciò sfugge la nozione del tentativo. Ma al contrario può avvenire che (per esempio per la confessione dell' accusato) resti accertata la intenzione dell' agente diretta al più grave fine della consumazione, e non ostante sfugga la nozione giuridica del tentativo agli occhi del magistrato per la natura degli atti materiali, sia perchè debbano tenersi come *inidonei*, sia perchè rimangono nella serie di atti meramente preparatorii. Ed ecco come la ispezione della materialità può acquistare un valore anche nella ambigua ricerca che tende a sapere se la pena dell' attentato stupro, o quella soltanto dell' oltraggio violento debba applicarsi. Fu nella difficoltà di siffatte indagini che trovossi da alcuni moderni legislatori una ragione creduta sufficiente per riunire in un fascio e colpire di una medesima pena tutte coteste figure, nelle quali peraltro vuole giustizia che si ravvisi una diversa quantità criminosa.

§. 1544.

Ho descritto le condizioni materiali (1) di questo maleflzio con la formula atti impudici, eliminando così ogni allusione al movente psicologico per non preoccupare con la definizione un dubbio che può dare argomento di controversia in faccia alla scienza, e che può essere diversamente sciolto nella pratica secondo il linguaggio usato dai vari legislatori. Il dubbio cade appunto sull' animo dell' agente considerato come estremo di questo titolo di delitto. Un atto impudico può porsi in essere ed un *violento oltraggio al pudore* sulla persona altrui può eseguirsi tanto da chi pervertito per la dominazione dei sensi voglia procacciarsi lo sfogo di un lubrico appetito, quanto da chi freddissimo ed insensibile ad ogni moto carnale voglia con quell' oltraggio fare onta a persona odiata, sfogare uno sdegno, in una parola fare atto di rissa e non di libidine. Data la prova di simili condizioni dell' animo potrà l' agente e la sua difesa ottenere plauso quando deduca la mancanza nel fatto suo dell' impulso carnale, e così dell' elemento essenziale del titolo di oltraggio violento al pudore; e chieda per conseguenza doversi a lui la pena non dell' oltraggio violento al pudore (per avventura molto più grave) ma la pena della ingiuria o delle vie di fatto contro le persone (2)? Certamente una deduzione siffatta agevolissima a proporsi dall' accusato non dovrebbe credersi sulla sua nuda asserzione, perchè ogni reo può trovar buono di dire che fece per fine di dispetto ciò che per natura sua presentava la espansione di una

voglia lasciva: la presunzione nascente dalla natura dell'atto starà contro di lui, e tranne specialissime ed eccezionali circostanze non dovrà tanto di facile prestarsi fede a cotesto sistema defensionale. Ma circostanze eloquenti possono intervenire: la deformità o vecchiezza della donna oltraggiata, la presenza di una rissa fervente e di un acerrimo sdegno, od altro che escluda anche la ombra di ogni appetito venereo, possono essere i dati positivi sui quali eriga la difesa l'argomento suo. Ed allora è importantissima la questione di diritto, ed è necessità di risolverla. In faccia alla scienza per risolvere tale questione deve decidersi se nel titolo di *oltraggio violento* al pudore prevalga la considerazione della oggettività risultante dal diritto violato, o la considerazione della soggettività morale dipendente da una piuttosto che da altra passione movente. E le ragioni per le quali ho detto di sopra doversi eliminare la classe che gli antichi definivano dei delitti di carne, e doversi (indipendentemente dall'affetto impulsivo) la nozione del malefizio cercare nel diritto violato mi portano a ritenere che nulla influisca sulla nozione del malefizio la diversità della causa che spinse ad agire, sempre che l'azione produsse il resultato di oltraggiare violentemente il pudore altrui, ed a oltraggiare il pudore fu per qualsiasi motivo diretto. Rendere per via di violenza ignuda una donna, o portare la temeraria mano sulle parti sue verecconde, oltraggia evidentemente il suo pudore e lede il relativo diritto che la legge vuole proteggere: e l'oltraggia altrettanto se il colpevole agì per darsi un osceno sollazzo, quanto se agì per recar dolore e fare onta alla persona

di quella: sempre certo sarà che egli (sia pure per vendicarsi e senza nessuno appetito carnale) oltraggiò il pudore di lei e volle oltraggiarlo, scegliendo appunto un modo brutalè di vendetta che si estrinsecasse nell'oltraggio al pudore. In faccia poi ai codici particolari tutto dipende dalla specialità del linguaggio, come verrò esemplificando fra poco.

(1) Sui materiale di questo delitto dissertarono largamente i pratici; e di nuovo si riaperse in proposito del §. 128 del codice Austriaco del 1852 una viva divergenza fra i giuristi ed anche fra i giudicanti di quell'Impero. L'argomento fu latamente discusso in una erudita dissertazione del Bertolini che trovasi inserta nell'*Eco dei Tribunali n.* 1200. Più specialmente si tentò distinguere fra oscenità caduta sulle parti sessuali dell'agente, e le parti sessuali del paziente, e tale distinzione sembrò avvalorarsi dallo speciale linguaggio del codice Austriaco che si arrisicò a definire quella materialità. Agli occhi miei nessuna di tali distinzioni può avere senso giuridico. Vi fu *violenza* nell'atto? Vi fu scopo di *libidine?* Il senso morale del popolo considera quell'atto come *impudico?* Ove ricorrono queste tre condizioni esiste il delitto di oltraggio violento al pudore. Così lo riconosco *gli elementi dell'oltraggio* anche nel semplice bacio violento: non già per spingerne la punizione a quel supremo grado al qualo si elevò da alcuni Dottori che vollero persino punire questo fatto di morte (Panimolle *decisio* 58 — Muta *decis.* 62, *n.* 1 — Basilico *decis.* 22), ma ravvisarvi le condizioni essenziali del malefizio, salvo sempre alla prudenza del giudice di misurare la penalità in proporzione a un grado maggiore o minore di corruzione, o morale o fisica, patita dall'offeso. Vedasi anche il Gundlingio nella dissertazione che ha per titolo *an majorem a foeminis quam a viris exigatur castitatem; vol.* 1, *exercitat.* 6, *pag.* 225.

(2) In proposito della violenza carnale si è insegnato da molti che la medesima possa obiettarsi anche a chi non avesse agito con animo e fine di libidine, ma a solo sfogo d' ingiuria e vendetta: A r a b i a *pag.* 235.

§. 1545.

Ammesso una volta il principio che al reato di oltraggio violento (1) al pudore non richiedesi lo estremo del movente di un appetito carnale, sorge allora una ulteriore questione, ed è se possa aversi un oltraggio violento al pudore commesso per mera *imprudenza,* o se alla punibilità dell'oltraggio debba tenersi come estremo necessario il dolo, informato sia pure dal solo animo di nuocere anzichè da turpe desiderio. Ammesso una volta doversi la *essenza di fatto* dell'oltraggio violento al pudore riscontrare completa nella sola sua forza fisica oggettiva (cioè nel resultato di una grave offesa recata alla pudicizia) la logica coerenza dei principii parrebbe portare alla necessità di ammettere la punibilità anche dell'oltraggio meramente colposo. E non è difficile immaginare la ipotesi di una mera imprudenza in simili fatti supponendo uno scherzo inconveniente e villano. Se (fosse pure col solo animo di fare una celia) il pudore di una donna fu gravemente oltraggiato, non vi è ragione perchè non debba punirsi la colpa che fu lesiva del diritto alla pudicizia, quando non si esita a punire la colpa che fu lesiva della integrità personale. Se non che a volere essere esatti parmi che propriamente non possa neppure parlarsi di mera colpa nella ipotesi della celia, come sopra proposta: perchè la idea della colpa esula tutte

le volte che l'agente abbia ottenuto quel fine al quale precisamente indirizzava la opera sua; come per certo avviene di colui che intenda fare una celia diretta al fine di far ridere la brigata oltraggiando il pudore della mal capitata femmina. Sicchè in questi termini di fatto non sarebbe più veramente una colpa ma un dolo di forma speciale, quello che si avrebbe a giudicare. La vera ipotesi della colpa si avrebbe allorquando l'oltraggio al pudore fosse avvenuto contro la previsione dell' agente; come se (a modo di esempio) lottando per giuoco con una femmina venga a farla cadere di guisa che ella offra agli astanti non voluta mostra delle vergogne sue. Ed in simili condizioni mi parrebbe assai problematica la punibilità del fatto; e per fermo (procedendo con la scorta dell' analogia) lo negherei sotto una legge che stabilisse per massima non essere punibili le lesioni colpose leggiere. Ma ad ogni modo quando una legge volesse punire l'oltraggio *colposo* al pudore altrui, parrebbemi sempre che vi fosse repugnanza se si esprimesse cotesta figura criminosa con la formula di oltraggio *violento colposo.* Io penso che in termini generali una *violenza colposa* sia una formula inconcepibile e giuridicamente contraddittoria: perchè la nozione della violenza non può esistere se non per il combinato conflitto della volontà contraria nel paziente la quale fu soggiogata, e della volontà nell' agente di soggiogarla. Altrimenti sorgerà il concetto di una lesione qualunque tutta obiettiva, ma non potrà sorgere il concetto completo della violenza se le manca la condizione soggettiva. E questa non in altro stando che nella *contradizione* delle due volontà, esige una volontà,

diretta a soggiogare il volere altrui: e così offre repugnanza con la intenzione *indiretta.* Laonde in siffatti reati, se può concepirsi una ipotesi che si avvicini alla *preterintenzionalità,* credo assai difficile concretare una forma di *pura* colpa.

(1) In proposito dello estremo della *violenza* si riproducono anche nel titolo di semplice *oltraggio al pudore* esente da ogni *attentato di violenza carnale,* tutte le questioni relative alla violenza *presunta* in ragione della *età,* della *demenza,* del *sopore* o della *ebrietà* dello individuo paziente, e possono richiamarvisi tutte le osservazioni già fatte di sopra. La storia speciale della legislazione francese su questo argomento trovasi riassunta da Morin in apposita dissertazione nel suo *Journal du droit criminel art.* 7914.

§. 1546.

Una ulteriore osservazione alla quale apre l'adito il proposto quesito si è che in questo delitto non è niente affatto necessario la *diversità del sesso,* checchè siasi da molti irriflettutamente asserito. La diversità del sesso non può essere estremo negli atti di libidine violenti, perchè la pervertita concupiscenza può cercare il suo sfogo anche sul corpo di individui del medesimo sesso: non può essere estremo nello *oltraggio violento al pudore* anche commesso per fine di onta o vendetta, perchè il resultato che si vuole impedire è l'identico; e il diritto che ha ogni uomo a vedere rispettata la sua pudicizia deve essere protetto contro la violenza altrui qualunque sia il sesso del violentatore. Del resto facilmente s'intende che se vi sarà difficoltà pratica nella verificazione di un caso di violenza carnale commessa

dalla donna sull' uomo, non riscontrasi uguale difficoltà nell' *oltraggio violento* (1).

(1) Al materiale di questo delitto non è neppure necessario che la parte del corpo sulla quale il colpevole per fine di lubricità ha esercitato violenza sia la *parte sessuale*. Basta che qualunque parte del corpo della vittima sia stata portata a contatto del corpo del delinquente per lubrico fine. Malgrado qualche momentanea oscillazione (vedi Blanche *cinquième etude n.* 89) si è fissata in questo senso anche la giurisprudenza di Francia. Ma è inesatta la formula che distingue fra atti eseguiti *sulla persona* del fanciullo, o del violentato, ed atti eseguiti sulla persona del colpevole. Come può egli dirsi che quando il giudicabile ha fatto servire la *mano* altrui alla propria lubricità non si è oltraggiato il pudore con azione che cade sulla *persona* altrui? Ogni membro del corpo non fa esso parte della *persona fisica*? Concordo dunque la massima rigorosa. Ma per accettarla non ho bisogno di una interpetrazione *estensiva:* per me il caso cade sotto la lettera tassativa della legge, perchè qualunque parte del corpo si contamina quando si fa servire di strumento ad una lubricità, e simile oltraggio cade sulla *persona* di chi si dice oltraggiato e non sulla persona soltanto del violentatore. Ma un *contatto* fisico col corpo della vittima è indispensabile. Non basta averne offeso i sensi dell' *udito* o della *vista* soltanto.

§. 1547.

Il codice Toscano sembra avere preveduto la questione da me accennata di sopra ed averla risoluta in un senso contrario alla parificazione. Infatti all' art. 280 nel definire la violenza carnale ha espressamente richiesto l' estremo del fine di libidine — ivi — *chiunque mediante violenza abusa* PER LIBIDINE *di una persona dell' uno o dell' altro*

sesso: cosicchè in faccia al codice Toscano è fuori di dubbio che nella violenza carnale richiedasi come estremo il movente del lubrico appetito. E venendo poi nell'art. 282 a definire il delitto di che ora si ragiona usa la formula — *qualunque altro atto* DI LIBIDINE *commesso mediante violenza;* e così torna a rivelare lo stesso pensiero. La difficoltà in faccia a questo codice può sorgere sulla intelligenza dell'art. 301 §. 2. In cotesto articolo certo è che non si contempla l'atto impudico punibile in ragione della pubblicità e dello scandalo, perchè tali condizioni sono letteralmente escluse dall'articolo stesso. Certo è del pari che in cotesto articolo non può contemplarsi l'atto impudico commesso su persona consenziente, poichè la legge esige per la sua punibilità la querela di parte. Ciò è evidente. Certo è finalmente che questo art. 301 §. 2 non può voler colpire gli atti di libidine violenti, perchè questi sono presi di mira tutti (così se commessi in luogo pubblico come se in luogo privato) dall'art. 282 sopra citato. Sicchè parmi si debba concludere che gli art. 282 e 301 §. 2 combinati insieme sono intesi precisamente a sciogliere la questione che ho sopra proposto; e la sciolgono con lo stabilire una disparità fra caso e caso: contemplando nell'art. 282 l'oltraggio violento al pudore commesso per fine di libidine, e nell'art. 301 §. 2 contemplando l'oltraggio violento al pudore commesso per fine di vendetta o d'ingiuria o per qualunque altro reo fine tranne l'appetito carnale.

§. 1548.

Dalle premesse osservazioni viene a concludersi che nella *essenza di fatto* del delitto di oltraggio violento al pudore non si richieggono condizioni speciali per il lato dell' animo. Tutto il compendio degli elementi costitutivi del *corpus criminis* in tale malefizio si esaurisce nelle condizioni materiali di un atto (1) esercitato sulla persona altrui, dal quale ne risulti un oltraggio al di lei pudore, eseguito con pravo fine e previsione di tale resultato. Soltanto ad evitare l' errore nel quale caddero alcuni pratici bisogna notare che l' oltraggio al pudore deve consistere in un' azione esercitata sul corpo. Fu grave confusione quella di coloro che noverano fra i casi costituenti un oltraggio al pudore le parole oscene dirette a fine d' invito contro oneste donzelle. In tale equivoco che scambia il titolo di eccitamento al mal costume col titolo di oltraggio violento al pudore, non solo caddero i dottori ma ancora alcuni degli antichi nostri statuti; come, a cagione di esempio, quello di Roma al capitolo 51. E a ciò si corse per la inesatta nozione degli elementi del tentativo, onde abusando del frammento 15, §. 19 *ad 22 ff. de injuriis* si prese nel senso esatto e giuridico la formula *qui sermone pudicitiam* ATTENTAT. Ma non credo possa farsi condizione di questo reato un *piacere sensuale* procuratosi dal colpevole; quantunque altri (2) abbia voluto distinguere sotto questo rapporto, io penso che l' elemento materiale ne sia piuttosto oggettivo che soggettivo.

(1) Spetta alla ricerca sul materiale di questo delitto la elegante questione che si presenta in ordine al *bacio*. Su questo atto, la prima origine del quale Plutarco volle attribuire alle donne trojane, è a vedersi la eruditissima storia che ne fa il Pancirolo *thesaurus variar. lect. lib.* 1, *cap.* 44; e le 25 dissertazioni che ne scrisse il Kempius *de osculis*. Un recente filosofo tedesco (Herder *philosophie de l'histoire de l' humanité liv.* 4, *chap.* 6) ravvisò un privilegio specialmente conceduto alla umanità nella potenza di baciare fornita all'uomo mercè la particolare conformazione delle sue labbra: e trovò in cotesta attitudine la espressione del fine speciale che doveva avere l'amoro nell'uomo, cioè di puro sentimento di affetti e non di mero appetito carnale come nei bruti. D'altronde la costumanza più o meno largamente estesa nelle varie contrade di correre al bacio per espansione di purissimo affetto; la istintività che può spingere al medesimo anche per impulso di una viva e reverente gratitudine; in una parola la mancanza nel medesimo di univocità che lo richiami ad un appetito libidinoso, vietano di stabilire come regola assoluta che il bacio debba sempre noverarsi fra gli atti impudici, e sempre punirsi quell'uomo che siasi permesso di imprimere sulle guancie di renitente donna cotesto segno di devozione o di affetto. Ma neppure saprei per modo assoluto negare che nel bacio possa ravvisarsi un atto impudico che incontri sotto il presente titolo le sanzioni della legge penale, potendo talvolta a solo sfogo di libidine devenirsi a tale atto. Sarà dunque la prudenza del giudice quella che a norma delle circostanze del caso dovrà stabilire la punibilità od impunibilità del medesimo secondo che gli parrà o no attribuibile ad un impulso di lussuria. È nota la sentenza di Pisistrato, il quale agli amici che lo istigavano a far punire un giovine perchè aveva osato baciare in volto la figlia di lui mentre usciva dal tempio, rispose: — se noi mettiamo in carcere coloro che ci amano, cosa faremo a quelli che ci odiano? Con ciò volle dire quel saggio cho l'atto imprudente doveva essere condonato alla nobiltà dello affetto;

e che quell' atto violento non aveva nella figlia niente offuscata la candidezza del suo pudore, restando solo a testimonianza della simpatia di quel giovine. Ma non avrebbe Pisistrato mostrata uguale impassibilità se in luogo di lanciarsi a quel momentaneo contatto, avesse colui con osceni discorsi e proposizioni invereconde insinuato nell' animo della donzella il veleno della corruzione morale. Sembra che i romani annettessero al bacio una grande idea d' impudicizia, poichè narra Plutarco *(in Catone majore)* che Catone notò Manlio d' ignominia per avere baciato la propria moglie in presenza della figlia. Ed i pratici non esitarono a chiamare *execrobile scelus* il bacio dato a renitente donzella; e il De Franchi *(decis.* 503, *n.* 8) proclamò che per tale atto la carne verginale dovea tenersi come irreparabilmente corrotta. Onde parecchi legislatori si spinsero a punire cotesto fatto con la pena di morte e con la confisca dei beni, come leggesi nella Prammatica napoletana del 9 marzo 1562, e nel bando romano, di cui Bonfino *in bonnim. cap.* 7. Si vedano in proposito Kempius *de osculis dissert.* 14, *n.* 11, *et seqq.* — Harpprecht *instit. lib.* 4, *tit.* 18, §. 4, *n.* 60 — Lessio *de justit. et jure lib.* 2, *cap.* 10, *dubitat.* 2, *n.* 11 *et* 14 — Giurba *cons.* 32, *n.* 12 — De Marinis *var. resol. jur. lib.* 1, *cap.* 26, *n.* 3 — Menochio *lib.* 5, *praesumpt.* 41, *n.* 37 — Sanfelice *dec.* 245, *n.* 7, *tom.* 2 — Vivio *dec.* 117, *n.* 1 — Peguera *dec.* 7, *n.* 13 — Vulpello *resp.* 147, *n.* 1 *et seqq.* — Caballo *resol. crim. cas.* 96 — Conciolo *resolut. verbo osculum, resol. unic. per tot.* — De Angelis *cap.* 94, *n*, 5 — Panimollo *in addict. decis.* 58, *n.* 15 — Gregorio *sintogma pars* 2, *lib.* 8, *cap.* 8 *per tot.; et lib.* 9, *cap.* 23, *n.* 13; dove sulla autorità del Dino e dell' Alciato afferma che il bacio dà sospetto d' impudicizia in Italia e in Spagna, ma non altrettanto in Francia: la quale idea convertesi in una formula generale dal Bonfino insegnando che la punibilità del bacio dipende dalle consuetudini locali, *in bannimenta cap.* 7, *n.* 25; ove nota la specialità della donna settuagenaria e del bacio dato alla mano come

condizioni esclusive della punibilità. E tanto è vero che la criminosità del bacio dipende dalle consuetudini dei paesi, che Leyser (*spec.* 549, *med.* 2) allegando Brantome (*vie des dames galantes pag.* 366, *col.* 2) insegna doversi considerare come ingiuria negarsi di ricevere il bacio in quei luoghi dove tale è l' uso di salutare.

(2) La Corte suprema di giustizia in Vienna il 16 giugno 1863 giudicando il caso di alcuni giovani che alzati violentemente i panni ad una ragazza le avevano guardato le pudende senza farle altro, disse che coloro non avendo voluto soddisfare una *libidinosa voglia*, ma soltanto una *libidinosa curiosità*, non erano rei di oltraggio violento al pudore. Scorgesi che con tale distinzione si viene a cercare in questo reato un elemento materiale *soggettivo* (piacere dell' agente) e non si tiene bastante la materialità *oggettiva* (pudore violentemente offeso). Ma io penso che tale concetto se potè forse esser vero in faccia allo speciale linguaggio del §. 128 codice Austriaco, non sia accettabile come regola scientifica: e molto meno potrei accettare come tale il battesimo di *estorsione* che la Corte Suprema di Vienna diede a quel fatto, applicando il §. 98 di quel codice. Bisogna andar cauti nel trarre generali regole di dottrina dai giudicati, i quali dovendo applicare leggi positive non sempre possono rispettare i precetti della scienza. Ad ogni modo io ammetto che possa disputarsi se un atto oltraggiante il pudore sia referibile a questo titolo, dove si trovi commesso per *mera curiosità:* ma io veggo difficile che certa forma di curiosità possa sceverarsi affatto da ogni moto carnale.

§. 1549.

La essenza di fatto dell' oltraggio violento non si completa però col solo elemento della offesa materiale al pudore, ma abbisogna dell' ulteriore elemento della violenza: sul qual proposito io non starò

a ripetere quali debbano essere le condizioni costitutive della medesima, riportandomene a quanto sopra ne dissi (§. 1519). La violenza si costituisce (qui come al titolo precedente ed in generale dovunque e sempre quando essa ci sorge innanzi come speciale forma criminosa) dal concorso di due volontà contradicentisi e poste direttamente in reciproca guerra: quella del soggetto passivo che non vorrebbe patire siffatto oltraggio; e quella dell' agente che vuole l' oltraggio e vuole altresì vincere con la forza fisica o col timore la conosciuta volontà contraria del soggetto passivo, e renderla come che sia impotente a resistere al suo desiderio. Ad avere la *violenza* come forma criminosa speciale non basta mostrare la mancanza di adesione del paziente. In generale chi patisce un delitto, non lo vorrebbe patire; e se la violenza si costituisse dal solo difetto di adesione del soggetto passivo certi delitti (per esempio i furti) dovrebbero tutti dirsi violenti. Ma il contrario volere del paziente non basta a completare cotesta forma criminosa se il colpevole non volle altresì sottomettere mediante uso di forza una volontà contraria alla propria, e non usò mezzi adatti a raggiungere simile fine. Laonde qui debbo avvertire che dove si procedesse nel concetto, che a me è sembrato più vero (e come tale ho sostenuto ai §§. 1492, e 1515) vale a dire che nella copula con donna impubere o mentecatta non resistente non dovessero trovarsi i termini della *violenza,* ma quelli della *seduzione,* sarebbe necessità logica che non dovesse qualificarsi come violento neppure il semplice oltraggio al pudore commesso a danno di tali persone. E sarebbe allora necessità riprodurre alla

materia dell' oltraggio al pudore la distinzione dei due separati casi che ne costituiscono la politica imputabilità; quello cioè della *violenza*, rappresentata da vero abuso di forza o fisica o morale, e quello della *insidia*, rappresentata da malvagi artifizi coi quali si indussero a patire o a concorrere ad atti impudici persone che per età (1) o per senno erano incapaci di comprenderne la bruttura. Ed a questa seconda rubrica dovrebbero far capo per le ragioni già dette di sopra i casi del tutore, del carceriere od altre persone che abusino della situazione loro per condurre altri a servire di strumento ad atti impudici, senza esercitare costringimento fisico od incussione di *timore* (2).

(1) I pratici guardarono l' oltraggio al pudore commesso sull' impubere sotto uno speciale punto di vista, trovandovi per analogia col *ratto improprio* una forma della *vis in parentes:* onde ne ravvisarono la oggettività criminosa nella offesa recata ai genitori: Menochio *de arbitr. cas.* 287, *n.* 1, 2 — Bonfino *in bannim. cap.* 7, *n.* 6, 7. Questo modo di guardare la questione è a mio parere incompleto; perchè se i toccamenti lascivi esauriscono nella loro materialità un oltraggio al pudore, la dottrina dei pratici può essere buona quando la impubere consentì, ma non mai quando interveune vera violenza: e se i toccamenti possono essere equivoci, come nel caso del bacio (nel quale si esemplifica la dottrina dei succitati dottori) parmi esorbitante oltre il bisogno politico la querela criminale concessa ai genitori. Certo è che nei codici contemporanei difficilmente si troverebbe l' anello per aggiustarvi codesta teorica; nè a ciò basterebbe la semplice analogia del ratto improprio.

(2) Anche nel semplice oltraggio, in cui non giunga a concretarsi il delitto di violenza carnale, può aver luogo la

politica imputabilità, non solo per la violenza vera, ma anche per la seduzione qualificata. Così il §. 133 del codice Austriaco punisce con la pena del carcere duro da uno a cinque anni colui, che seduce a commettere o patire un atto di libidine una persona affidata alla sua cura, educazione ed istruzione. Qui non si esige una seduzione straordinaria: anche una seduzione semplice trova gli elementi della sua politica imputabilità nel rapporto personale. Neppure si distingue la età della persona sedotta sempre che siavi stata sollecitazione. Neppure si distingue per il sesso dell' uno o dell' altro; e sebbene il Giordani nel commento a quel paragrafo dica essere necessaria *diversità* di sesso, io non crederei vero cotesto requisito perchè la legge lo tace e la ragione non lo persuade.

§. 1550.

Determinati in tal guisa i criterii essenziali, cosi *positivi* come *negativi,* di questo maleflzio, rimane che si cerchino i criterii misuratori della sua quantità. E primieramente per ciò che attiene alla sua *quantità naturale,* l' aumento della medesima dipende dalla maggiore gravità e permanenza dell' atto costituente l' oltraggio: lo che per la infinita variabilità di simili fatti riesce impossibile descrivere con pronunziate linee a priori. Devono inoltre tenersi a calcolo le condizioni della persona offesa, crescendo la gravità dell' oltraggio quanto più degna di rispetto era la persona sulla quale esercitossi l' oltraggio; e salendo al suo apogeo quando l' oltraggio stesso abbia potuto gettare il germe della corruzione in una innocente creatura. Laddove per lo contrario certi atti fugaci che si esercitino su donna già esperta al male (1) dovranno considerarsi come meritevoli di repressione minore; tutto

il danno in tali casi riducendosi alla mera offesa della libertà personale per avere costretto altri a patire un atto che patir non voleva, sebbene non fosse cagione di detrimento reale. In una parola i criterii della *quantità naturale* si connettono in questo (come in ogni altro malefizio) ai risultamenti e conseguenze del fatto, dipendendo dal *danno immediato* prodotto sia dall' oltraggio sia dalla violenza che lo accompagnò: e così viene a referirsi a questo punto di vista anche l' aggravante dello *scandalo* (2) quando la medesima sia valutabile.

(1) È osservabile che il codice Toscano mentre riconosco nel meretricio della donna violentata una circostanza diminuente la imputazione, non fa altrettanto nell' oltraggio violento al pudore. È questa una dimenticanza, oppure è la deduzione di un postulato giuridico? Io non credo alla dimenticanza, e trovo buone ragioni a distinguere. La violenza carnale è un delitto *complesso:* esso aggredisce nella donna il diritto alla pudicizia e il diritto alla libertà. Di queste due oggettività giuridiche contro le quali muove la violenza carnale; la prevalente è senza dubbio il diritto alla pudicizia, sì per la maggiore importanza, sì perchè più permanente è il danno derivato dalla sua lesione. La penalità di questo reato si eleva alla casa di forza principalmente in riguardo alla protezione di questo diritto. Ora il meretricio della violentata rendendo nulla nel reato di violenza carnale la oggettività della pudicizia, scioglie il reato dalla sua complessività; lo spoglia di una delle sue oggettività giuridiche e della più importante; e così lo *impropria* per guisa che è necessità di scendere alla inferiore penalità del carcere preferita nei casi semplici come sufficiente a reprimere le aggressioni alla libertà individuale. Al contrario nel mero oltraggio violento al pudore anche nei casi ordinarii il diritto alla pudicizia è appena sfiorato, perchè non avviene *corru-*

zione fisica, nè danno permanente: cosicchè in questo primeggia la offesa alla libertà. Ora la offesa alla libertà rimanendo identica malgrado il meretricio della donna non può dirsi che per questo il reato di oltraggio violento s' impropri come s' impropria la violenza carnale. Oltre a ciò discesa per l' anzidetta ragione la penalità dell' oltraggio violento alle inferiori misure del carcere, provvede alla conveniente proporzione la prudenza del giudice che spazia entro i limiti della pena relativamente determinata, e non conviene discendere ulteriormente. — Queste considerazioni io faceva nel 1868, accettando la ipotesi che l' art. 290 non si fosse dal legislatore Toscano voluto estendere agli oltraggi violenti; nella quale ipotesi io veniva indagando le ragioni della supposta differenziale. Ma poscia meglio esaminata la cosa dubitai di essere caduto in errore, e sono venuto a persuadermi che la disposizione dell' art. 290 si debba estendere anche ai semplici oltraggi violenti. Io non aveva ricordato la regola *si vis intelligere nigra lige rubra*. La rubrica del capitolo 1 del titolo 6.° è posta così — *Della violenza carnale e del ratto*. Poi il legislatore descrive all' art. 281 e 282 le violenze dando all' *abuso carnale* nell' art. 281 il nome di *violenza carnale;* e nell' art. 282 il nome di *atti di libidine* alle altre violenze che non siano giunte all' abuso carnale. Dunque la formula violenza carnale ha *due sensi* nella legge Toscana: l' uno è il senso *speciale e proprio*, ed in questo la adopera nell' art. 281: l' altro senso è *generico*, ed in questo senso adopera quella formula nella rubrica. Dunque come nella rubrica è certo che con la formula *violenza carnale* il legislatore Toscano designò tanto l' abuso quanto gli *altri atti di libidine* violenti; così deve ritenersi che egli adoperasse la stessa formula all' art. 290 nello stesso senso *generico* comprensivo di ambedue i fatti. E che come l' art. 283 è comune tanto all' *abuso carnale* quanto agli *atti di libidine;* così sia comune ad entrambo l' art. 290. Questa interpetrazione io tengo oggi per la più vera e consentanea alle regole di ermeneutica. Essendo certo che la for-

mula *violenza carnale* ha in questo luogo due sensi diversi l' uno più largo nella rubrica e l' altro più stretto nell' articolo 281, la buona critica c' insegna che quando il legislatore adopera *la terza volta* la stessa formula *violenza carnale* deve intendersi averla usata nel senso *largo* e non nel senso *stretto*, perchè trattasi di materia *benigna*. E mi sento oggi più tranquillo in questa interpetrazione che non lo fossi l' altra volta sulle congetturate ragioni della supposta differenziale.

(2) Cosa è lo *scandalo?* Speciale trattazione ne fece Geyrmann *dissertatio de scandalo, Jena* 1702: ma al *cap.* 3 con un pensiero diafano considerò lo scandalo come un fatto criminoso di per sè stante. Mentre il giure penale deve limitare la sua obiettività alla difesa del diritto anzichè ad un fine ascetico: esso non può guardare lo scandalo che come una *forma adiettizia*. Evidentemente anche questa circostanza ha il suo criterio *soggettivo* distinto dal suo criterio *oggettivo*. La sua base soggettiva consiste nello essere il fatto turpe venuto o *cognizione* di un esteso numero di persone: la sua oggettività consiste nel risultamento prodotto da tale cognizione, e consistente nella *commozione* a cui sonosi eccitati gli animi degli informati; commozione, che si estrinseca o in un sentimento di riprovazione, o in un appetito di imitazione, che dicesi malo esempio. Tutto ciò è facilissimo a comprendersi, ed è facile del pari a comprendere che in tali risultamenti ricorrendo un danno diretto, del quale fu causa il malefizio, può a tutta ragione tenersene calcolo nel valutare la quantità del medesimo. Ma una questione delicatissima sorge su questo proposito allorchè dello scandalo non fu veramente *causa*, ma soltanto *occasione* il fatto del colpevole. Per esempio, taluno trasse ai suoi voleri una donna in luogo privato ed anche chiuso, ed usò anzi ogni precauzione perchè nessuno venisse a cognizione del fatto. Ma un vicino indiscreto e curioso spiò e conobbe malgrado tali precauzioni; e suonò attorno la tromba, e congregò altro numero di curiosi, e da quel raduno nacquero diccrie,

schiamazzi, nacque in una parola lo *scandalo*. Taluno volle sostenere che simile serie di eventi dovesse annodarsi al fatto criminoso con nesso ontologico di effetto a causa, e che per applicazione del generale principio che chi versa in cosa illecita deve rispondere di tutte le conseguenze derivate dall' illecito fatto sebbene non volute nè prevedute da lui, dovesse aggravarsene la responsabilità dell' agente. Io penso il contrario per obbedienza ad altro principio generale che ho ad altri scopi già svolto ed applicato, ed è questo: quando tra il fatto dell' agente e l' evento in questiono s' intromise un' azione imprudente del terzo non è più a riconoscersi tra l' evento e il fatto criminoso il nesso di effetto a *causa* ma piuttosto di effetto ad *occasione*. La vera *causa* di quello è l' azione del terzo non voluta, non preveduta, non eccitata dall' imputato; ma tutta procedente da un elemento psicologico che ha la sua genesi esclusiva e spontanea nell' animo del terzo, e da un elemento di fatto che è a lui esclusivamente attribuibile: ed allora non è coerente a giustizia che l' imputato risponda di simili conseguenze. Applicando questo generale principio ai termini della sottile questione che adesso esamino non parmi che possa giudicarsi esistere il risultato dello *scandalo* quando la pubblicità sia derivata, come dicono i francesi, dal *commerage* dei vicini o dalla inconveniente e maligna intromissione del terzo al quale non può dalla legge esser data balìa di aumentare per capriccio ed ostilità sua le circostanze aggravanti del delitto da me commesso. Chiunque venuto a cognizione di un fatto criminoso operi maliziosamente in modo che il fatto stesso venga a produrre risultati più gravi, è il vero debitore e responsabile dei medesimi: se egli ne sia responsabile giuridicamente o soltanto moralmente ella è questione che dipenderà dalle circostanze; ma quando ancora costui ne sia responsabile soltanto moralmente ma non giuridicamente, ciò non sarà bastevole a riversare la responsabilità giuridica sull' autore del primo fatto. In questo senso fu decisa la questione nei termini del caso nostro dalla Cassazione di Francia coi decreti del 10

agosto 1854, 11 marzo 1859, 16 gennaio 1862 e 1 maggio 1863. Combinando il giudicato di quella Corte Suprema del 18 marzo 1858 col secondo giudicato che nel medesimo affare emanò la corte medesima l' 11 marzo 1859, viene a costruirsi la seguente teorica. O il terzo che con la sua indiscreta curiosità dette causa ed origine allo scandalo agì con mezzi materiali che distrussero o superarono gli ostacoli che l' impudico aveva cautamente frapposto ad impedire che altri conoscesse il turpe fatto che andava a commettere (per esempio il terzo ruppe una finestra, atterrò un riparo, o varcando un muro di cinta s' introdusse *senza diritto* nel luogo chiuso dove l' atto si consumava) ed in tale ipotesi l' autore dell' atto impudico non è responsabile dello scandalo e pubblicità susseguita: o invece il terzo che eccitò la cognizione del pubblico dalla quale nacque lo scandalo venne egli stesso a conoscere accidentalmente il fatto impudico senza nessuna azione per parte sua diretta a rimuovere i frapposti ostacoli, ed in tale ipotesi la responsabilità cade sull' imputato. Questa teorica è coerente ai sommi principii di diritto: chi versa in cosa illecita è responsabile del caso fortuito (purchè però prevedibile) che renda più gravi i risultamenti del fatto suo; e fu caso fortuito se il terzo acquistò conoscenza di ciò che egli voleva nascosto. Ma non è caso fortuito quello che deriva dalla volontà maligna dell' uomo; e così non è caso fortuito l' azione di un terzo che indebitamente e senza diritto, distruggendo i ripari che io aveva frapposto fra il fatto mio e gli occhi del pubblico, è intervenuto con una operazione tutta sua a rendere possibili quelle conseguenze che non sarebbero derivate dall' azione mia lasciata nelle condizioni materiali con le quali io l' aveva voluta ed eseguita. Io non esiterei ad accogliere la soluzione data al quesito dalla giurisprudenza di Francia, come insegnamento scientifico.

§. 1551.

I criterii della *quantità politica* in questo reato risalgono alle solite generali considerazioni, per cui in un delitto si accresce sotto il rapporto della intensità o della diffondibilità il *danno mediato* in ragione della minorata potenza della difesa privata. Così rientrano in questo calcolo le condizioni della *persona* oltraggiante in quanto abbia abusato di un' autorità che aveva sopra l' oltraggiato. Vi rientrano i *mezzi* più odiosi o meglio adatti ad impedire la resistenza, come l' uso delle armi e il numero dei violentatori. Vi può rientrare la invasione del domicilio, la solitudine del luogo, e simili circostanze. E in quanto al *luogo* credo opportuno di osservare quanto sia differente sotto il punto di vista giuridico la ragione del calcolo della *solitudine*, e la ragione del calcolo della *pubblicità*. La prima aumenta la quantità del delitto sotto il rapporto del danno *mediato* per la maggiore difficoltà che ha la vittima di difendersi dall' aggressore: la seconda aumenta la quantità del delitto sotto il rapporto del danno *immediato*, in quanto rende il delitto complesso per la lesione contemporanea di due diritti; del diritto particolare dell' offeso al rispetto del corpo suo, e del diritto universale che hanno tutti i cittadini al rispetto della onestà nei luoghi di comune frequenza.

§. 1552.

In quanto al *grado* nella forza morale del delitto è facile vedere se e fino a quanto si adattino al-

l' *oltraggio violento* al pudore le osservazioni che sopra (§. 1537) facemmo in proposito della violenza carnale. Sul grado della forza fisica è da avvertirsi che nell' oltraggio violento al pudore difficilmente si potrà costruire la figura di un tentativo punibile (1). Avvegnachè sia evidente per le nozioni generali (§. 380) che se gli atti impudici hanno avuto incominciamento il conato sparisce per ragione di eccesso, rappresentandosi in quelli atti una violazione già completa del diritto attaccato; senza bisogno di cercare se il colpevole raggiunse o no il pieno sfogo del brutale appetito. E se invece l' atto impudico non avrà ancora avuto cominciamento non troveremo altri termini tranne quelli di atti preparatorii, ed il conato sparirà per difetto.

(1) È nota la divergenza insorta fra Frühwald e Kitka; il primo dei quali opinò che il §. 132, III, del codice Austriaco parificasse la *seduzione tentata* alla seduzione *consumata*, quella cioè che ha raggiunto il pravo fine al quale la dirigeva l' agente; ed il secondo sostenne virilmente il contrario. Qualunque sia la più vera opinione in proposito della legge austriaca sulla quale disputano i due insigni criminalisti alemanni, in faccia ai principii della scienza è certo che quando abbiano avuto *cominciamento* gli atti esecutivi di un oltraggio al pudore, il conato sparisce per ragione di eccesso. Inesattamente allora si dice che il *conato* si punisce *alla pari* del consumato delitto. No: deve dirsi che più non si ha semplice *conato*, ma seduzione *consumata*; perchè gli atti che sono *in itinere* hanno già completamente violato la stessa legge che avrebbero violato giungendo alla meta. La consumazione obiettiva rende superfluo ogni calcolo della non consumazione subiettiva. Che se invece si faccia la ipotesi che l' atto materiale a cui il seduttore voleva condurre la

persona sedotta non abbia avuto principio di esecuzione, allora non solo non è consumata la offesa alla morale (che nell' altra ipotesi sarebbe lesione già perfetta in virtù del primo atto esecutivo) ma neppure sarebbe consumata la seduzione, essendo tuttavia incerto se la persona sedotta si sarebbe o no prestata a quel primo atto di libidine che esauriva e consumava la lesione della legge morale; ed allora bene può parlarsi di tentativo di seduzione: nè è esatta la censura del Kitka che con ciò si supponga *un tentativo di tentativo;* per dir questo bisognerebbe che il cominciamento di esecuzione della mollizie fosse un *conato*. Ma poichè tale non è, ed è invece un delitto già obiettivamente perfetto, chi tenta sedurre non opera un *tentativo di tentativo* ma un tentativo di delitto perfetto. Bensì riuscirà in pratica assai difficile a sostenere l' accusa di tentata seduzione, potendosi agevolmente eliminare ora con la dottrina della inidoneità dei mezzi, ora con quella degli atti preparatorii. Che appena è eseguito sull' altrui corpo un atto materiale offensivo dell' altrui pudicizia si abbia il delitto consumato, ella è cosa che scaturisce ineluttabile dalla più esatta *nozione* del tentativo punibile e dalla teorica del suo passaggio in delitto *consumato* per ragione di *eccesso*. La conseguenza pratica della parità di pena è accolta anche in Francia (vedi Blanche *cinquième etude n.* 88) ma con diversa formula e per obbedienza ai dettati di quel giure positivo che adegua nella punizione il crimine *tentato* e il *consumato;* e non con la vera formula scientifica, la quale in questo caso esigerebbe si dicesse non già che trattasi di un *tentativo punito* alla pari del *reato perfetto*, ma invece che trattasi di un *delitto perfetto*, e non già di un semplice *tentativo*. I francesi per giungere a questa conseguenza della parificazione hanno bisogno del loro articolo 2 e 331: il loro art. 331 nella specialità volle allargare la nozione del tentativo punibile: e la specialità di quella disposizione (che altrimenti sarebbe stata una superfetazione inutile del generale prescritto dell' art. 2) ebbe appunto, come osserva Blanche,

questa veduta di appagarsi nei presenti malefizi anche di una minore continuazione di atti onde punire il conato alla pari del reato perfetto. Ma noi vi giungiamo per la via più retta, e malgrado ciò rispettiamo sempre il sommo principio che il conato non può adeguarsi mai nella pena al delitto consumato.

§. 1553.

A corona della esposizione dei malefizii contro la pudicizia individuale, e come osservazione generale comune ai tre titoli finqui esaminati, resta che dicasi qualche cosa in proposito della *azione persecutoria* di cotesti reati. Resta cioè a vedere se lo *stupro*, la *violenza carnale*, e l' *oltraggio violento al pudore* vogliano essere considerati come crimini che il pubblico ufficiale abbia balia di perseguitare di uffizio anche renitente l'offeso; oppure come crimini dei quali non possa la giustizia sociale prendere cognizione se non quando voglia, e finchè voglia la parte lesa. In siffatta indagine bisogna distinguere sotto il punto di vista storico tre stadii, che svolgono sotto il punto di vista giuridico tre dottrine differenti.

§. 1554.

Primo stadio — *Perseguibilità d' uffizio* — Fu questa la idea più antica che dominò nelle legislazioni, e nelle pratiche dei diversi popoli; appo i quali, finchè il diritto di accusa fu libero, si diè licenza ad ogni cittadino di accusare; e poscia si diede ai magistrati pienissima potestà d' inquisire a piacimento loro e condurre a giudizio i colpevoli non solo di violenza, ma anche di stupro semplice. Quella indistinta libertà d' azione non poteva esser

figlia che di un errato concetto sul rapporto oggettivo del malefizio; e precisamente di quello errato concetto per cui nella penalità dello stupro si involveva del pari la femmina che lo aveva patito, come il maschio che lo aveva operato. L' equivoco cadeva sulla oggettività del malefizio, che non cercavasi nella violazione del diritto individuale ma nella offesa che ravvisavasi inferita alla società. Tale offesa talvolta si riconosceva nelle diradate nozze; come avvenne appo i romani (1), i quali spinsero fino alla esagerazione lo interesse della società alla moltiplicazione dei matrimoni: nel che io penso si mirasse al mantenimento della casta patrizia, piuttostochè all' incremento generale della popolazione. Talvolta a codesta idea si aggiunse l' altra della protezione alla pubblica morale; per cui nei periodi che videro il principio ascetico fattosi dominatore del giure punitivo in simil genere di malefizi confondere la nozione del peccato e del vizio con la nozione del delitto, doveva bene darsi alla società ed ai magistrati che la rappresentavano libero arbitrio di perseguitare cotesti fatti dai quali si riguardava come lesa la società intera.

(1) Lo stupro considerossi dai romani come delitto di azione pubblica: *leg. stuprum ff. ad l. Jul. de adult.* — Farinaccio *quaest.* 141, *n.* 51 — Harpprecht *instit. lib.* 4, *tit.* 18, *n.* 58 *et* 87 — Gregorio *syntagma pars* 3, *lib.* 36, *cap,* 9, *n.* 11. Ed anzi tanto interesse pubblico si ravvisava nella persecuzione dello stupro che la *l. unica* §. *Et si quidem, vers. nisi etenim C. de raptu virg.* puniva della deportazione gli ascendenti che non avessero dato querela della violenza inferita alle loro figlie o nipoti. È intuitivo che finchè durava l' uso di punire lo stupro anche

sulla stuprata sarebbe stato un controsenso aspettare la querela della persona offesa per punire il delitto.

§. 1555.

Secondo stadio — *Distinzione di casi* — Ma poichè il vero principio reggitore del giure punitivo cominciò a farsi luce anche in questo argomento, eliminata la punizione della donna nello stupro semplice ove essa non poteva figurare che come la persona lesa, si comprese che simile lesione niente interessava la società, e che non produceva allarme tale che autorizzasse una pubblica persecuzione; la penalità mantenendosi soltanto al fine del risarcimento dell' offeso, anzichè del ristabilimento diretto della pubblica tranquillità. Allora nacque in questo genere di delitti una distinzione fra quelli che dovevano dichiararsi di *azione pubblica,* e quelli che doveano rilasciarsi all' *azione privata.* Ai primi si referirono gli atti accompagnati da violenza; appunto perchè l' abuso della forza facea vacillare in tutti i cittadini la opinione della propria sicurezza, che voleva essere per conseguenza ristabilita nell' interesse comune. Ai secondi si riferirono gli atti ai quali il soggetto passivo avea prestato consenso; appunto perchè essendo in mano di tutti la potestà di non consentire, chi avea mancato di usarne per propria imprudenza o per proprio desiderio doveva imputare a sè medesimo il danno patito; onde tutti gli altri nella fiducia di non essere sì facili a consentire, non apprendevano timore per la ripetizione del delitto. Questo metodo, che divise in due classi nel rapporto dell' azione i delitti contro la pudici-

zia individuale, venne poco a poco acquistando sempre maggiore prevalenza (1): e veramente sotto l'aspetto giuridico siffatta distinzione è incriticabile.

(1) In Sassonia per la costituzione elettorale la *violenza* si considerò come circostanza interessante tutta la società; onde nel concorso della medesima si mantenne di azione pubblica anche l'adulterio: Carpzovio *pars* 4, *constit.* 30, *def.* 1 *et* 2. I romani gettarono il primo germe di questa distinzione per il delitto di adulterio, la persecuzione del quale per rispetto alla pace dei connubii subordinarono alla querela di parte. Ciò che la legge scritta aveva fatto in Roma per l'adulterio lo fece poscia la legge non scritta per lo stupro, al quale la consuetudine e la pratica universale dei tribunali estese la limitazione dell'uffizio inquisitorio del giudice: Ciazzi *discept.* 23, *n.* 13, 14 — De Angelis *de delictis pars* 1, *cap.* 124, *n.* 5 — Rainaldo *observat. cap.* 23, *supplet.* 2, *n.* 44, 45, 46. Laonde cotesta distinzione interpetrativa procedendo per un argomento dall'adulterio, *a paritate rationis* si estese dai pratici allo stupro la eccezione che già trovavasi dettata per l'adulterio; che cioè potesse anche senza querela perseguitarsi di uffizio quando era *violento* e quando era *notorio*. La limitazione dell'ufficio del giudice passò poi dal giure non scritto nella maggior parte degli statuti municipali, ora con la eccezione della *notorietà*, ora senza. Da quelli è passata nella maggior parte dei codici moderni, ma generalmente senza la eccezione della *notorietà*, e con la sola eccezione della *violenza:* codice Toscano art. 10, e art. 298 §. 2; codice Sardo art. 500.

§. 1556.

Ma nella escursione storica della presente dottrina, ed in questa seconda fase che subordinò alla querela degli offesi la persecuzione criminale dello

stupro semplice, incontrasi una forma speciale, e quasi dissi anomala, che merita particolare attenzione. Questa forma io la trovo nella ordinanza portoghese del 6 ottobre 1784 §. 9. Fino a quella legge nel reame di Portogallo anche il delitto di stupro semplice perseguitavasi per libero ufficio del giudice. Fu per la medesima che la potestà magistrale si rese dipendente dalla volontà privata, ed il nuovo provvedimento venne giustamente elogiato: Mellio *instit. jur. crim. Lusitani tit. 10,* §. *10.* Ma in ciò fare quella ordinanza distinse la donna stuprata dai congiunti di lei: e mentre alla donna negò ogni diritto di persecuzione criminale contro il suo asserto seduttore, la querela e il diritto di condurre questo alla punizione dell' esilio concedette ai genitori e fratelli della fanciulla. Riflettendo su questa disposizione chiaro si scorge che quel legislatore non ravvisò oggettività criminosa nello stupro semplice in quanto ai diritti personali della donna che aveva consentito: perciò le negò la querela, quasi dicendo non potersi lagnare della lesione del proprio diritto chi alla lesione aveva aderito. Ma contemplò invece i diritti della famiglia; e trovando che lo stupro consentito dalla ragazza recava pure un danno ai congiunti per la difficoltà delle nozze ed il bisogno di maggior dote, ravvisò nel fatto una lesione del diritto di costoro meritevole di tutela penale; e perciò dette loro con la querela e la punizione del seduttore il modo di siffatta riparazione. Ciò forse ebbe ancora lo scopo di prevenire private e sanguinose vendette. Ridotta a tali condizioni (analoghe a quelle che ha oggidì il ratto improprio) la punibilità dello stupro semplice e dello

stupro con seduzione, è evidente che codesta forma criminosa verrebbe ad appartenere piuttosto ai delitti contro la famiglia che ai delitti contro la personalità individuale; perchè naturalmente ogni criminosità sparirebbe rispetto a quelle femmine maggiori di età che più non avessero nè genitori nè fratelli.

§. 1557.

Terzo stadio — *Perseguibilità ad azione privata* — Contro il preaccennato sistema di distinzione vennero per altro portate innanzi considerazioni *politiche*. Il giure penale, si disse, deve essere un supremo fattore di bene nella repubblica; deve essere il mantenitore non solo della opinione della sicurezza in tutti i cittadini, ma anche dell' ordine e della pace delle famiglie. Perciò sta bene che la legge punitiva eserciti il suo magistero avverso quei fatti che oltre aver leso immediatamente il diritto individuale hanno anche turbato gli animi di tutti i cittadini che si sono commossi all' appreso pericolo della ripetizione del delitto. Ma se la presenza di un grave danno mediato legittima la persecuzione penale di certi fatti per parte dei magistrati, non sempre però è conveniente che tale persecuzione lascisi senza limite nella piena loro balia. Vi sono dei casi nei quali la persecuzione di un delitto può cagionare pregiudizi e disordini forse più gravi, più permanenti, e più sensibili che non lo fossero quelli derivati dal delitto medesimo; ed allora quantunque il fatto presenti congiuntamente un danno mediato ed un danno immediato che rendono giusto l' intervento del magistero penale, vuole però la politica che tale intervento si subordini a certe

condizioni; e precisamente alla condizione della volontà dell' offeso. Cotesta contingenza (proseguì a dirsi) si verifica appunto in tutti quei fatti che attaccano la pudicizia individuale o l' ordine delle famiglie sotto il rapporto della onestà: e si verifica non solo quando tali fatti furono dalla donna consentiti per effetto di ordinaria o straordinaria seduzione, ma anche quando la donna fu passiva di una vera e reale violenza. Dunque il principio giuridico deve tacere in faccia alla somma ragione politica, e deve farsi dipendente dalla volontà dell' offeso la persecuzione di tutti indistintamente cotesti malefizi, fossero o no accompagnati dalla violenza. Può ben dirsi dai saggi che la donzella e la onesta matrona per avere subito una violenza carnale od un oltraggio violento al pudore niente debbono scapitare nella loro riputazione, e debbono da tutti rispettarsi ed aversi nella medesima onoranza. Ma il pregiudizio volgare non sempre si inchina ai dettati del saggio. La donzella che patì violenza, ove l' infortunio suo sia conosciuto dal pubblico, sarà pur troppo bersaglio alle dicerie dei maligni: troverà in sè depresso il sentimento della propria dignità, ed incontrerà più o meno ostacolo ad un conveniente collocamento. La donna maritata vedrà spesso raffreddarsi verso di lei la riverenza dei figli e l' amore del marito; ed una fosca nube sovrasterà sempre sulla pace della famiglia a mortificazione di quella infelice ad ogni motteggio, ad ogni ricordo della vergogna patita senza sua colpa. Il giudizio penale a cui dovrà comparire come testimone quella disgraziata sarà un nuovo supplizio per lei. Invano chiuderete le porte della sala du-

rante la udienza: per le scale del tribunale e per la via si affolleranno i curiosi ad osservare il contegno di lei all'andata e al ritorno, e con risa inconvenienti la trafiggeranno nel più vivo dell'animo. Spesso avverrà che una esagerata delicatezza del marito renda impossibile la continuazione del consorzio. In una parola voi riparerete al danno mediato con la esemplarità del giudizio e della punizione, ma alla infelice vittima voi non farete che aggiungere nuovi dolori e nuovi danni reali, spesso più permanenti e funesti che non fossero le immediate conseguenze del maleficio. E chi vi dice che il timore di questa pubblicità non sia causa d'altronde di occultamenti e reticenze, per le quali si renda infruttuoso il giudizio penale? Esige dunque il supremo riguardo all'ordine delle famiglie che anche le violenze carnali e tutta la famiglia di questi reati si lascino a querela privata: onde l'offeso, che è l'unico giudice competente della speciale sua posizione, non sia costretto a patire la pubblicità di un giudizio nel quale ravvisa il complemento della propria rovina. Queste furono le politiche considerazioni per le quali alcuni codici contemporanei fecero il secondo passo, di dichiarare delitto di azione privata non solo lo stupro con seduzione, ma ancora la violenza carnale e l'oltraggio violento al pudore. E a questo pensiero obbedì il codice di procedura penale Napoletano, che all'art. 40 disponeva essere di azione privata anche lo stupro ed adulterio violento quando non era congiunto a *pubblica violenza* (1).

(1) Armellini (*Dizionario, parola stupro, pag.* 505) riporta una decisione della Cassazione di Napoli che dichiarò

essere delitto quietanzabile la violenza carnale quantunque commessa da due persone riunite con uso di armi. Un primo passo verso questa dottrina trovo essersi fatto da qualche dottore il quale opinò che la regola della persecuzione di uffizio dello stupro violento dovesse procedere soltanto in tema di *violenza vera* e non in tema di *violenza presunta*. Il Torre (*de stupro argum.* 17, *n.* 27, 28, 29) sostenne con sottili argomentazioni cotesta distinzione, insegnando che, tranne il caso della bambina al di sotto dei sette anni, tutti gli altri casi della così detta violenza induttiva non potevano perseguitarsi che a querela di parte. Fu una singolare specialità del legislatore Portoghese quella relativa all'*azione* persecutoria dello stupro. Il decreto del 6 ottobre 1784 §. 9, che ho ricordato al §. 1556, negò alla stuprata anche di età maggiore il diritto di querelarsi, concedendolo soltanto ai suoi genitori e parenti. In questa disposizione si trovano tre diversi pensieri — 1.° Pensiero giuridico che non possa muovere lagnanza di un fatto chi al fatto medesimo consentì — 2.° Il pensiero politico per cui non si ravvisa danno imputabile tranne che nel rispetto dei diritti dei congiunti — 3.° Il pensiero morale d' impedire la scandalosa temerità di femmine svergognate. Ma finquì si faceva un primo passo restrittivo delle querele di stupro semplice: è tutto proprio del presente secolo il passo ulteriore restrittivo delle querele anche dello stupro violento. In questo più filosofico senso procede anche il codice di Svezia del 16 febbrajo 1864 al cap. 15, §. 16; dove non solo nega l' azione pubblica contro lo stupro semplice, ma la nega eziandio nello stupro violento, eccettuando il caso in cui la violentata sia morta per conseguenza di mali trattamenti o siavi stato impedimento legale a querelarsi: e fa prescrivere l'azione nel termine di sei mesi. Non abbisognano commenti per mostrare la saviezza di tali disposizioni.

(SEGUE) SEZIONE PRIMA

DELITTI NATURALI

CLASSE TERZA

DELITTI CONTRO LA LIBERTA' INDIVIDUALE

CAPITOLO I.

Idea, e contenuto della classe.

§. 1558.

Dopo il diritto alla conservazione della propria esistenza, dopo il diritto alla conservazione della propria integrità fisica e morale, il diritto che tosto succede nell'ordine della relativa importanza è quello della *libertà individuale:* vale a dire della costante facoltà che ha l' uomo di esercitare le attività proprie così fisiche come morali a servigio dei suoi bisogni onde raggiungere la sua destinazione nella vita terrena. Senza questo sarebbe inutile la esistenza e la integrità personale, le quali non sono beni in loro stesse, se non in quanto servono di strumento all' esercizio della personale attività. Laonde, in un senso più vasto e in un concetto più puramente speculativo, la *libertà* è il *diritto,* poichè

la idea del *diritto* si compendia appunto nella idea di *libertà;* nessuno potendo dire e sentire di esser libero senza venire al tempo stesso esercitando uno degli speciali diritti che gli competono, sia che egli usi delle interne sue facoltà, sia che dell' esterne si valga. Ma qui la parola libertà si adopera in un senso più concreto, non come mera potenza, ma come attuale estrinsecazione della potenza. La quale può essere in qualche suo momento impedita senza che la potenza sia tolta. Privato l' uomo della vita la sua libertà è affatto distrutta nel primario elemento della sua potenza. Privato di un organo o di un membro del corpo suo, o di tutto o parte della sua intelligenza e moralità, la potenza è in lui parzialmente resecata. Ma la libertà come potenza può restare integra ed illesa nell' uomo che conserva vita ed incolumità di mente e di membra; e pure trovarsi in una speciale forma della sua attuazione impedita e violata. Ed ecco che allora il fatto per tal guisa impeditivo, quando non rientri alla sua volta nel libero e lecito esercizio dell' attività propria di chi lo pose in essere, assume il carattere di una speciale violazione del diritto. E la oggettività di siffatta violazione è precisamente a riconoscersi in questo diritto del pratico illimitato esercizio della libertà individuale. Questo è il germe onde scaturisce una terza classe di malefizi; la quale intuitivamente appartiene alla categoria dei delitti naturali, poichè non è la consociazione ma la natura che comparte all' uomo la sua individuale libertà. La libertà esiste come il diritto prima della consociazione: questa non fa che proteggerlo e ne rende più sicura la coscienza: male però la opposta

scuola, confondendo la creazione del diritto con la sua tutela volle trovarne la origine nella società e nella legge positiva; lo che condusse alla negazione della legge naturale. E bene si comprende che la nostra classazione dei malefizi e la determinazione di una speciale categoria che noi chiamiamo *delitti naturali* non possa piacere a coloro che seguaci di quella falsa dottrina negano la esistenza di una legge suprema direttrice della umanità, vera creatrice del diritto e preesistente ad ogni consociazione e ad ogni placito umano.

§. 1559.

Ma a completare il concetto da cui s' informa questa terza classe (1) non basta il primo punto di vista meramente *positivo;* il cui modo di essere ha la sua fisonomia generica nell' impedimento della libertà. Occorre eziandio contemplarla sotto un secondo punto di vista che è propriamente *negativo,* in quanto esclude dalla presente categoria un gran numero di fatti che pur sarebbero lesioni della libertà individuale. E tali fatti esclude perchè nei medesimi congiungendosi la lesione di un ulteriore diritto, nella quale per lo più sta il *fine* della malvagia azione, sorge allora in questa lesione ulteriore il criterio che determina la classe del reato: il quale per tal modo esce dalla serie dei delitti contro la libertà; non perchè la libertà non ne sia offesa, ma perchè la offesa della libertà è congiunta alla offesa di altro diritto a cui serve di mezzo.

(1) I criminalisti quando vennero a classare le lesioni che ai diritti dell' uomo potevano essere arrecate dalle pas-

sioni altrui, guardarono i beni speciali che potevano offendersi, e ne formarono altrettante classi di malefizi, senza por mente alla *libertà* come diritto di per sè stante e come costitutivo di una classe speciale di offese. Ciò supplì bene ai primarii bisogni della scienza, appunto perchè se nella lesione di ogni umano diritto viene a ledersi la libertà umana, questa trovava protezione nella protezione di quelli. Ma ne avvenne però che rimanessero senza classe propria certi fatti per i quali si impediva l' esercizio e godimento delle facoltà umane, senza configurare il toglimento di un bene speciale e diverso, come la integrità del corpo, l' onore, la proprietà, o la famiglia. Oltre gli antichi, che in generale tennero il sistema di non determinare classi nessune ma di trattare saltuariamente quei diversi titoli di malefizio che loro cadevano in pensiero, omisero la presente classe i seguenti istitutisti: Poggi, Paoletti (che collocò la violenza privata fra i delitti contro la pubblica tranquillità da lato alla violenza carnale), Kemmerich (che collocò la *vis* privata ed il plagio fra i delitti contro la proprietà), Cremani (che pose lo scopelismo fra i delitti contro la pubblica giustizia) Meister, Armellini, Renazzi, Mellio, Giuliani (che, dopo avere esattamente rejetta la opinione che la minaccia fosse o un conato o una ingiuria o una offesa reale, si trovò condotto a negare la imputabilità politica della minaccia semplice), Carmignani (che venne a negare la esistenza della *vis* privata come delitto di per sè stante) ed altri parecchi; ai quali tutti lo intralasciamento della classe dei delitti contro la libertà individuale fu necessaria cagione di equivoci. Fra i codici contemporanei la classe speciale che qui si esamina fu pretermessa affatto dai seguenti: — 1.° dal codice Napoletano, il quale in conseguenza di ciò dovette gettare il delitto di *minaccia* fra le violenze pubbliche (art. 161), il reato di *violenza privata* fra i delitti contro l'amministrazione della giustizia (art. 166) e la *rivelazione di segreti* (art. 371) fra le ingiurie — 2.° dal codice Parmense — 3.° dal codice Francese — 4.° dal co-

dice Austriaco, il quale (§. 76 a 99) colloca il plagio, il ratto, le minacce e la invasione di domicilio fra le violenze pubbliche. Riconobbero invece la necessità di questa classe speciale: Tolomei *(pag. 348)* che vi collocò il plagio, il ratto, il carcere privato, le minacce; Pessina *(penalità speciale §. 41, e segg.)* che vi riferì le minacce, alcune forme di violenza privata ed il carcere privato; Puccioni *(saggio pag. 482)* che vi riferisce il solo plagio. E tennero conto di questa classe speciale i seguenti codici: — 1.° il codice dei Grigioni (§. 126 a 131) ma non vi collocò che il ratto, il plagio e la detenzione arbitraria; e pose (§. 82) la violazione di domicilio da lato alla perturbazione del culto — 2.° il codice del Ticino il quale (art. 505, 506) riferì a questa classe il suicidio ed il tentato suicidio — 3.° il codice di Neuchatel (art. 182 a 204) — 4.° il codice di Friburgo (tit. 8) che vi collocò soltanto il ratto, il plagio, la violazione di domicilio, ed il carcere privato — 5.° il Bavaro del 1813 (art. 192 a 203) che vi collocò il plagio, il ratto, il carcere privato — 6.° lo Svedese (cap. 15) il quale vi collocò la tratta, l' arresto illegale, il plagio, il ratto, lo stupro di donna artificiosamente ridotta in stato di sonno o di delirio, la violenza privata, e la minaccia — 7.° il codice del Brasile (art. 179 a 191) il quale vi collocò la riduzione a schiavitù, la violenza privata, e il carcere privato; ma collocò invece nella classe dei delitti contro la sicurezza individuale l' apertura di lettere, la violazione di segreti e le minacce — 8.° il Portoghese (art. 214 a 221) il quale vi collocò l' arresto illegale, il carcere privato, il plagio, la minaccia e la violazione di domicilio; e pose fra i delitti contro l' onore la rivelazione di segreti — 9.° il codice Toscano che vi colloca (art. 358 a 365) il plagio, il carcere privato, la violenza privata, le minacce, la violazione di domicilio e l' apertura di lettere. Accenna il codice Sardo ad una classe di delitti intitolati contro la *libertà individuale* (art. 104 e 204) ma in cotesta sua classe colloca gli abusi di autorità dei pubblici ufficiali contro i privati: ponendo invece le

minacce (art. 431 a 434) e la *istigazione a delinquere* (art. 469) fra i delitti contro la pubblica tranquillità ; e il *plagio* (art. 494) fra i delitti contro l' ordine delle famiglie, e la *rivelazione di segreti* (art. 587) fra le ingiurie.

§. 1560.

Così se afferrisi alcuno ed a forza si rattenga per consumare su lui un furto, una lesione, un oltraggio al pudore, evidentemente la sua libertà personale è stata impedita e violata in quel momento della propria estrinsecazione, perchè egli avrebbe voluto fuggire e gli fu tolto dalla forza altrui; egli non avrebbe voluto patire quell' oltraggio, e ciò gli fu imposto dall' altrui forza. Ma questa *violenza privata* inferita alla sua libertà non fu *fine a sè stessa*. Fu *mezzo:* e mezzo diretto a raggiungere un fine nel quale stava una speciale offesa di altro diritto; e precisamente di uno di quei diritti la violazione dei quali fa in certe condizioni sorgere la nozione del *facinus;* perchè ne sorge il danno politico della menomata opinione della propria sicurezza. Allora la offesa alla libertà non cessa di essere calcolata ; cessa però di essere considerata come oggettività prevalente del maleficio. La nuova oggettività del diritto manomesso come fine esibisce un danno più intenso, una offesa meno transitoria. Essa determina la classe; e sorge il titolo di furto violento, di violenza carnale, di danneggiamento violento del corpo umano. In questi titoli la violenza che offese la libertà non cessa di essere contemplata, ma si contempla solo, o come elemento costitutivo del reato principale, o come criterio che ne aumenta la quan-

tità. Colui che ad altri minaccia un male offende con questo solo la libertà del minacciato. Ma se minaccia pel fine di ottenerne denaro sparirà il criterio negativo del delitto di minaccia, e per cagione di cotesto fine si avrà la determinazione della classe nel diritto di proprietà, alla lesione del quale adoperavasi come mezzo la minaccia; e il titolo speciale di *minaccia*, che come fatto isolato perterrebbe alla presente categoria, resterà assorbito nel titolo di estorsione, o consumata o tentata. Così il ladro che invase il mio domicilio con questo solo commise un reato lesivo della libertà della mia persona, alla quale congiungesi il mio domicilio; ma poichè tale invasione egli fece al fine di ledere la mia proprietà, così nel titolo di furto o tentato o consumato si assorbisce il reato e titolo di *violazione di domicilio*. Cosi la indebita aperizione delle mie lettere viola la mia libertà alla quale si congiungono quelle carte ove ho depositato i pensieri dell' anima mia. Ma se la lettera fu aperta per usarne a consumare una frode, o per appropriarsi fogli di banca che racchiudeva, nel titolo o di frode, o di furto consumato o tentato, si sommerge il titolo di *violazione di lettere o di segreti*. Così il licenziamento o congedo di operai da una officina, diretto a condurre ad un alzamento od abbassamento di salarii, non altro avendo per fine che la coazione all' altrui libertà, starà convenientemente nella presente classe, finchè il mezzo trascendente non lo faccia degenerare in violenza pubblica od altro; od il fine di condurre a rivolta nol faccia trapassare in perduellione, che fa scomparire il titolo speciale di *coalizione industriale*. Così l' abduzione violenta di altri contro sua voglia, in sè non

estrinseca che una offesa alla libertà individuale, ed una forma di violenza privata. Ma se fu per fine di ottenere un ricatto, ne sorge il titolo speciale di furto violento per sequestro o ricatto; e se fu diretta alla violenza carnale che si consumò, ne sorge la violenza carnale di cui l' abduzione fu mezzo; e i titoli respettivi di *plagio* e di *ratto* rimangono assorbiti nel titolo più grave, e la offesa alla libertà diviene una qualifica o un elemento del più grave maleflzio, non più il criterio determinatore della classe. Così la violenza che si eserciti contro un individuo per costringerlo a tollerare o a fare cosa che non voleva, se porterà seco od avrà per fine la lesione di un diritto universale nel suo svolgimento immediato, uscirà da questa classe, perdendo il titolo di *violenza privata;* ed uscirà non solo da questa classe, ma anche dalla categoria dei delitti naturali per far passaggio in quella dei delitti sociali. Di tal foggia sorge il titolo di *violenza pubblica* quando la coazione si esercitò sopra una moltitudine, o sopra una pubblica autorità: o il titolo di *esimizione* o di *resistenza,* se la cosa che si volle costringere il pubblico ufficiale a patire era la liberazione del reo o la desistenza da un atto di uffizio. Per coteste esemplificazioni è chiarito come la circoscrizione della presente classe di reati abbia per sua norma il criterio negativo che sopra ho accennato.

§. 1561.

Laonde, riassumendo subordinatamente ai suddetti due criterii (*positivo* e *negativo*) la definizione generica della presente classe, bisogna dire che nella me-

desima vogliono essere collocati tutti quei fatti criminosi che hanno in qualche momento impedito l'esercizio delle altrui libertà senza aver per fine o portar seco la violazione di un qualche altro diritto, la cui offesa costituisca un titolo speciale di maleflzio. Qual sia poi la importanza di costituire questa classe, e quali gli errori che ebbero causa dallo averla disconosciuta, verrà a chiarirsi nella esposizione particolare dei titoli che si richiamano alla medesima.

CAPITOLO II.

Violenza privata.

§. 1562.

Il pensiero filosofico che non contemplava nella libertà un diritto speciale, ma un predicato concomitante tutti i singoli diritti, o il compendio di tutti (per la ragione che l'uomo non può dirsi, o sentirsi libero se non quando liberamente esercita in una qualsisia forma la sua attività (§. 1518) o interna o esterna) portò gli istitutisti di diritto criminale ad omettere affatto questa classe di malefizi; e così o ad alterare la figura giuridica di certi fatti, o a negare il risultamento dai medesimi di un titolo speciale. Questo ultimo effetto particolarmente si manifestò rispetto al titolo di *violenza privata.* Il Carmignani (1) per quanto sommo ed il più delle volte esattissimo, cadde anch' egli nell' equivoco d' insegnare che la violenza privata non era un *reato di per sè stante*, ma una circostanza che influiva sul modo di essere di alcuni

speciali malefizi. Ma la violenza privata può bene costituire un delitto di per sè stante quando la coazione esercitata sull' altrui volontà non sia diretta al fine di ledere un diritto ulteriore, nella offesa del quale si configuri un delitto maggiore. In questo concetto definiscesi la violenza privata — *qualunque atto col quale usando violenza sull' altrui corpo o sull' altrui volontà, si costringe alcuno contro il proprio desiderio a fare od omettere o patire che altri faccia una qualche cosa, il conseguimento della quale non rappresenti rispetto all' autore del fatto una speciale violazione della legge punitiva* (2).

(1) *Elementi di diritto criminale* §. 789. Qui l' illustre antecessore calcò le orme di Renazzi, ma quando si trovò in faccia le esemplificazioni di questo scrittore, la realtà gli scomparve di mano, e la violenza privata apparve a lui come una idea diafana alla quale non rispondesse la figura di alcuna speciale forma di delinquenza di per sè stante. Infatti il dotto criminalista romano aveva esemplificato la violenza privata: — 1.° nelle percosse inferite ad uno da molti: — 2.° nello ingresso nel fondo altrui: — 3.° nel furto commesso in occasione di incendio, ruina o naufragio; — 4.° negli impedimenti frapposti al corso di una lite — 5.° nella coazione usata sopra il debitore per farsi pagare. Ma il Carmignani, che aveva così bene rettificato le nozioni e la classazione dei malefizi, non poteva certamente sottoscriversi a tali esemplificazioni evidentemente rejette dalla scienza moderna: poichè la prima esemplificazione evidentemente rientrava sotto il titolo di lesione personale: la seconda nei delitti contro la proprietà immobiliare; la terza nel titolo di furto qualificato dal tempo; la quarta nei reati contro la pubblica giustizia; la quinta nella ragion fattasi. Sicchè il Car-

mignani coerente ai retti principii da lui professati non potè consentire a siffatti erronei spostamenti; e per conseguenza non trovò nelle configurazioni che gli porgeva la vecchia scuola alcuna ipotesi che rappresentasse una violenza privata come crimine di per sè stante. Nè si potevano davvero ripescare oggidì dal prisco giure Romano certe forme specialissime di *vis privata* tutte proprie di quei tempi e di quei costumi: come per esempio quella del Senato Consulto Volusiano della quale la *leg.* 6, *ff. ad leg. Jul. de vi privata.* Se Carmignani gettate da banda le pecorili ripetizioni dei vecchi scrittori, avesse liberamente seguitato gli alti concetti coi quali la sua mente acutissima veniva riordinando la dottrina penale; e se avesse un momento gettato lo sguardo sulle osservanze giudiciali dei tempi suoi, avrebbe trovato nella sola violazione della libertà individuale una oggettività sufficiente per costituire delitto *sui generis* e classe speciale: ed avrebbe trovato nei monumenti delle pratiche toscane le vere esemplificazioni della violenza privata. Per la legge *Julia de vi privata* la ragion fattasi venne compresa sotto il titolo generico di *violenza privata*, anzi fu il caso più ordinario di questo titolo; e sembra che come violenza privata si punisse eziandio la ragion fattasi *sine vi,* per quanto si argomenta dal frammento di Modestino in *l.* 8, *ff. ad l. Jul. de vi priv.* 48, 7. La distinzione fra la *vis* esercitata sopra altri per coscienza di un diritto, e la *vis* esercitata senza tale coscienza, e così la diversità in oggi pronunciatissima fra il titolo di *violenza privata* e il titolo di *ragion fattasi* (che ritroveremo (§. 2849) fra i delitti contro la *pubblica giustizia)* sembra essere creazione della pratica.

(2) Esatta è la osservazione di Schulze *(Lehrbuch* §. 86) che la parola *violenza* come la parola *frode* non sono adattate a designare una specialità criminosa, mentre non indicano che i due *mezzi* nei quali si epiloga tutta la serie dei delitti speciali secondo che sono commessi o con astuzia o con abuso di forza. Cosicchè una metà dei delitti dovrebbero

dirsi *violenze* e l'altra metà *frodi*, e in tal guisa sommergere la designazione della specie nella designazione della classe. Uguale osservazione noi avevamo fatto al §. 2338 a proposito del delitto che oggi volle chiamarsi *frode*: ma là avevamo pronta nello *stellionato* la classica parola da sostituire. Qui però non sapremmo fare altrettanto se ci accingessimo a dare al delitto di violenza privata una denominazione più circoscritta. Gli Alemanni vi hanno sostituito la parola *Nöthigung*, costringimento. Ma l' uso di questa parola tutta inerente al concetto oggettivo pregiudicherebbe alla teorica ricevuta fra noi in quanto al momento consumativo, perchè indurrebbe a credere che alla *perfezione* del reato di violenza privata fosse necessario che la vittima si fosse di fatto arresa; mentre gli Alemanni, ed anche Schutze al §. 87, sembra che di questo reato facciano un delitto *materiale* e non un reato *formale*, a differenza della minaccia che anch' essi riconoscono essere un delitto *formale*. Ora è evidente che la parola destinata a designare un delitto *materiale* può senza pericolo essere desunta dal criterio *oggettivo*; laddove riesce più esatto che i delitti *formali* si designino con parola desunta dal criterio *soggettivo*. Il concetto della moderna scuola Alemanna su questo carattere della violenza privata ha avuto definitiva approvazione dal codice dell' Impero Germanico, che letteralmente nel §. 240 alla consumazione di questo malefizio (perseguitabile a querela di parte e alternativamente punito o con il carcere fino ad un anno o con la multa fino a duecento talleri) esige che la vittima abbia effettivamente rinnegato la propria volontà. Noi guardata la questione scientificamente persistiamo nella nostra opinione per le ragioni che accenniamo al §. 1565. La nostra opinione era alla sua volta sanzionata dal codice Prussiano del 1851 al §. 212, che in ciò si era uniformato ai codici di Brunswich, di Vurtemberg, e Sassone.

§. 1563.

I criterii essenziali di questo reato sono: — 1.° la *violenza*, o sul corpo (*vis phisica*) o sull' animo (*vis moralis*) — 2.° che il *fine* di questa violenza sia quello di costringere altri a fare, omettere, o patire una qualche cosa che altrimenti non avrebbe patito fatto od omesso; in questo consiste la offesa alla libertà personale — 3.° che la cosa a fare patire od omettere al quale si vuole costringere altri, non faccia sorgere nel patimento nella omissione o nella azione la offesa di altro speciale diritto: lo che porterebbe la delinquenza nella classe assegnatale da codesto diritto ulteriore che si voleva ledere, e la violenza non ne sarebbe che una qualità aggravante come mezzo più odioso. La violenza è intrinseca nella lesione e nell' omicidio; è intrinseca nella concussione; può intervenire nel furto, nell' incendio, nel danno dato, e in altri molti malefizi: ma il giure penale trova in codesti reati il criterio costitutivo nella offesa ad altro diritto; e questo gli basta per definire e misurare la delinquenza senza cercarne il titolo nel *mezzo* adoperato, quantunque codesto mezzo in sè rappresenti una violazione della libertà personale. Quando però il fine isolatamente considerato essendo innocente, l' azione diventa prava soltanto perchè a quel fine si giunse col mezzo violento; o quando il fine fu illecito, ma non così grave da eccitare di per sè la politica imputazione; tutta la criminosità sta nel mezzo, e il titolo non può definirsi se non subordinatamente alle condizioni del *mezzo*. Lo andare io in un determinato

luogo o il non andarvi può non esser delitto: ma se altri ad andarvi o non andarvi mi costrinse mediante violenza, il delitto sta nel mezzo benchè non sia delitto nel fine. Perciò se taluno è stato costretto con violenza ad uccidere altri, a rubare, ad ingiuriare (1), o simili, siffatta coazione non si limita a far sorgere il titolo di violenza privata; perchè la offesa alla libertà personale scomparisce nel delitto principale a cui fu diretta.

(1) Che la violenza privata sia un delitto costantemente *assorbito* e giammai *assorbente;* cosicchè quante volte la violenza contro l' individuo ha servito di *mezzo* ad un altro reato il titolo speciale di *vis privata* scomparisca nè possa più applicarsi la pena riserbata a questo titolo, ma debba invece infliggersi la sola pena minacciata al delitto fine, senza considerare (come per grossolano errore si è preteso da taluni) *la maggiore o minore gravità della pena,* ella è proposizione certissima nella scienza; e certa ormai nella giurisprudenza toscana per i giudicati della Corte Suprema nel caso *Giuli,* della Corte di Lucca nel caso *Sayegh,* e di altri parecchi monumenti giurisprudenziali; ed ha avuto novella sanzione dalla Suprema Corte di Giustizia di Vienna nel celebre decreto del 9 Luglio 1872 riferito nella *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno 6, n. 18, pag.* 125; nel quale è notabile che si stabilisce come massima principale precisamente ciò che io già come difensore prima di *Giuli* o poscia di *Sayegh* adduceva per farmene argomento a *fortiori.* Nel caso di questo decreto trattavasi di un Signoro che per vendetta di un danno ricevuto aveva ordinato ai suoi servi di arrestare il danneggiatore, tradurlo innanzi a lui, ed in sua presenza ammenargli delle percosse, le quali non ebbero nessun risultato dannoso. I magistrati inferiori per la troppo fatale predilezione verso la pena più grave avevano considerato come *assorbente* il titolo che emergeva dalla violazione alla

libertà personale di quel malcapitato in quanto esso era stato violentemente costretto a subire e patire ciò che volontariamente non avrebbe patito e subito. E così avrebbero condotto di Conte *Lichnowsky* ad una grave pena. Ma la sapienza della Corte Viennese riconobbe che la dottrina della prevalenza della pena è affatto improponibile nel titolo di violenza privata, del quale costituisce la essenzialità il difetto assoluto di un ulteriore fine criminoso, mentre ricorrendo questo il titolo si determina sempre dal *delitto fine:* osservò che in tutte le lesioni personali si ha il contenuto necessario della *violenza;* che tutti i percossi sono per la forza altrui costretti a patire cosa che non vorrebbero patire; e che se si dimenticasse il criterio essenziale del titolo di violenza privata, (cioè che sia fine a se stessa, od abbia un fine non criminoso) si andrebbe allo assurdo che tutte le lesioni anche leggerissime dovrebbero sempre punirsi come violenze private: e per queste considerazioni annullò i precedenti conchiusi, e pronunziò di uffizio un conchiuso di desistenza inviando l' accusato per la semplice contravvenzione delle lesioni lievissime. Nè si dimentichi che questa teorica è importantissima ed efficace a triplice fine, cioè 1.° a definire il *titolo* e conseguentemente la pena — 2.° l' ammissibilità delle *scuse,* le quali benchè non ammesse nella violenza privata debbono valutarsi, se sono di ragione calcolabili, nel *delitto fine* — 3.° lo esercizio dell' *azione penale,* che dallo essere libero nel pubblico Ministero se rimanesse il titolo di violenza privata può venire subordinato alla doglianza del leso per gli effetti del nuovo titolo che le sottentra.

§. 1564.

Quando la restrizione alla libertà si esercitò contro un numero indeterminato di cittadini o contro una pubblica autorità, la violenza privata degenera in violenza pubblica, facendo passaggio così nella categoria dei *delitti sociali.* È questo il solo criterio

che esattamente distingua la violenza pubblica dalla violenza privata. Questa nozione, oggidì lucidissima nelle scuole e nelle più dotte legislazioni contemporanee, rimase per lungo tempo nella più nebulosa oscurità a cagione della abitudine contratta di cercare tutte le regole del giure penale nei monumenti delle leggi romane; senza avvertire che questa è una scienza filosofica la quale subordina i suoi dettati non alla autorità di un nome, ma alla somma ragione delle cose. E siccome nei due titoli del Digesto che dalla legge *Julia de vi pubblica* e *de vi privata* prendono il nome, esiste inestricabile confusione, così fra gl' interpetri elevossi interminabile disputa intorno ai caratteri differenziali di queste due forme di maleflzio. Nella quale disputa alcuni pretesero che il criterio della distinzione desumessero i romani giureconsulti dalla qualità della *persona* delinquente, sicchè si dicesse pubblica violenza quella usata con abuso di forza pubblica, e privata quella commessa con abuso di forza privata: altri pretese che lo desumessero dal *luogo*, secondo che questo era o pubblico o privato: altri dall' essere o no *premeditata* la violenza: altri dalla presenza o non presenza di *armi:* altri da una indeterminata contemplazione di certe *condizioni di gravità* nel malefizio. In tal guisa sudarono i più acuti ingegni (1) senza approdare ad alcuna conclusione che potesse farsi signora della dottrina. A mio credere si riprodusse qui ciò che avvenne in altri argomenti (per esempio nel conato) nei quali le ricerche dei dotti rimasero infruttuose per la potente ragione che si cercava una cosa che non esisteva e che per conseguenza era impossibile trovare. Si cercava

cioè una regola generale concordata fra i romani giureconsulti come criterio determinatore della distinzione fra *vis pubblica* e *vis privata,* mentre coloro non avevano mai pensato nè a cercare nè a dettare cotesta regola; e soltanto *pro re nata* a seconda delle circostanze che accompagnavano un dato fatto lo erano venuti denominando *vis* col predicato ora di *pubblica* ed ora di *privata,* secondo la impressione piuttosto del sentimento che di un calcolo dipendente da una nozione giuridica. Chiunque vegga nei titoli della *vis pubblica* e della *vis privata* riferirsi fatti assolutamente identici ora all' una ora all' altra di coteste denominazioni, bisogna bene che si convinca di tale verità. Ma qualunque fosse il modo di vedere dei romani su tale argomento, certo è che la scienza moderna ha ormai riconosciuto che il criterio della differenziale fra le due specie di *vis* bisogna desumerlo dalla *oggettività* del fatto. Il concetto giuridico sì dell' uno come dell' altro reato è la *restrizione alla libertà* che assume figura prominente nel maleficio. Ma un fatto può non restringere che la libertà di un solo o di pochi determinati individui, ed offenderli nella loro qualità di privati: allora la violenza è privata. Può invece il fatto menomare la libertà di un numero indeterminato di cittadini, come se (a modo di esempio) siasi congregata una turba al fine di consumare un fatto per impedire mediante il numero dei cooperatori gli ostacoli che i cittadini avrebbero opposto alla esecuzione del fatto: ed ecco che appunto perchè si volle incutere timore a molti ed agire sopra la libertà di un numero indeterminato di cittadini la violenza è pubblica. E tale è

del pari quando l' interesse di tutti i cittadini si incontri nel fatto che si consumò violentando anche un solo individuo; come se questo individuo violentato era un pubblico ufficiale rappresentante dei cittadini, e l' atto impedito toccava l' interesse di tutti. È sempre la oggettività quella che determina la distinzione; l' oggetto del maleflzio è sempre la libertà: e la differenziale sorge spontanea dallo essere attaccata la libertà di molti o di pochi.

(1) Gravina *de orig. jur. lib.* 3, *cap.* 91 — Poggi *elementa lib.* 2, *cap.* 11, §. 60 — Mattheus *lib.* 48, *tit.* 4, *cap.* 1 *et* 4 — Bohemero *elementa sect.* 2, *cap.* 7, §. 98 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 4, *art.* 11, §. 3 — Koch *institutiones* §. 589, *et seqq.* — Cujacio *in Paratitl. ad pand. lib.* 48, *tit.* 6 *et* 7 — Puttmann §. 181 — Lour *comment. de praeceptis juris rom. circa crim. vis* — Renazzi *elementa jur. crim. lib.* 4, *pars* 3, *cap.* 4, §. 2 — Campello *in constit. Urbini pag.* 59, *n.* 207 *et seqq.* — Jousse *justice criminelle vol.* 3, *pag.* 459 — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 4, *cap.* 1 — Bocero *disputation. vol.* 2, *pag.* 1040 — Walchio *exercitat. de vindicta privata; in ejus opuscula tom.* 1, *sect.* 2, *exercit.* 4 — Leyser *medit. in pandect. spec.* 594 — Meister *principia jur.* §. 415 — Carpzovio *quaest.* 40, *n.* 7 — Colero *pars* 1, *dec.* 155, *n.* 16 — Mellio *instit. jur. crim. tit.* 4 — Waechter *dissertazione intorno al crimen vis;* e Hofacker *del delitto d' incendio, sez.* 1, *art.* 2, *let. B. (negli scritti germanici, vol.* 1, *pag.* 413 *e* 310) — Armellini *instit. di diritto penale tom.* 2, *pag.* 97 — Romano *instit. di giurisprud. penale parte* 2, *pag.* 76 — Pessina *penalità speciale* §. 41 — Arabia *principii di diritto penale vol.* 3, *pag.* 30.

§. 1565.

Comunemente si ritiene che la violenza privata sia delitto *formale:* cosicchè si consumi col solo usare la violenza quantunque non siasi ottenuto l' intento, perchè il violentato abbia resistito alla violenza patita; e malgrado quella abbia fatto ciò che il colpevole esigeva che da lui si omettesse, od omesso ciò che voleva facesse. Ciò non è che uno svolgimento della teoria fondamentale del conato, il quale sparisce tutte le volte che il mezzo esaurito supera o adegua in gravità politica il fine non ottenuto. Ciò necessariamente deve sempre avvenire della violenza privata, perchè appunto è della sua essenza che tutta la criminosità stia nel *mezzo.* Sicchè quando il mezzo è esaurito, il delitto è consumato. A questo effetto peraltro si esige che nei mezzi adoperati ricorra la *potenzialità.* Il giudizio sugli estremi della violenza pare a me che debba essere tutto *subiettivo.* Ho veduto in pratica i giudicanti dirigere alla persona offesa la interrogazione *se aveva avuto paura.* Ove questa interpellazione si diriga pel fine di ottenere una chiarezza di più, non la disapprovo; ma se ella si dirigesse nel preconcetto che dalla intimidazione, succeduta o no, dipendesse la consumazione del reato, io credo che tale concetto sarebbe erroneo. Il fatto dev' essere (a parer mio) giudicato giusta le sue condizioni ontologiche; e queste devono essere misurate secondo il rapporto delle contingenze ordinarie. Può un violentato negare per orgoglio di avere avuto paura; può anche non essersi realmente intimidito per la

sua intrepidezza; ed è certo che grande paura non ebbe quando non cedette alla violenza: ma ciò non ostante se questa aveva attitudine ad intimorire qualunque uomo, il giudice dovrà bene riconoscervi esaurite le condizioni della violenza privata. Viceversa può un pusillanime essersi intimidito delle più inette parole, proferite o per ischerzo o per vana jattanza, e non si avrà per certo il titolo di violenza privata solo perchè colui venga a deporre di essersi impaurito.

§. 1566.

È stata da alcuno proposta la dimanda se il delitto di violenza privata debba considerarsi come delitto *istantaneo* o come delitto *successivo*. Io credo sia impossibile rispondere al quesito con una formula assoluta e costante. Questo malefizio può essere o istantaneo o successivo secondo le circostanze, cioè secondo che l' azione ed i resultati sonosi o no esauriti in un unico periodo. Se la violenza usata abbia prodotto una perseveranza di timore per cui il violentato abbia continuato per un tempo ulteriore a subirne lo influsso, potrà assumere il carattere di *successivo*. Giammai peraltro a mio credere potrà per questa sola perseveranza di effetto, considerarsi come *reiterato*, e dar luogo alla continuazione, se non è stata ripetuta in diverso momento l' azione intimidatrice. E per analogia con ciò che dissi (§. 1240) in proposito all' omicidio, io credo che anche il delitto di violenza privata debba per più esattezza dirsi *complesso* e non già *continuato*, quando avvenga che ad un unico fine ed in

un solo corso di azione la violenza siasi esercitata sopra più di una persona.

§. 1567.

I criterii *misuratori* di questo malefizio dovranno desumersi dalla ragione composta dei *mezzi*, e del *fine*, e degli *effetti*. Più grave quanto più terribile fu la violenza adoperata. Più grave quanto più importante era l' atto che si voleva impedire od ottenere. Più grave quando effettivamente si ottenne la restrizione dell' altrui libertà, e quando maggiori danni materiali patì l' offeso per l' impedimento arrecatogli. Per simili circostanze si accrescerà respettivamente o la *quantità naturale*, o la *quantità politica* del malefizio: e chi ormai è avvezzo a cotesta distinzione comprende subito come ella debba applicarsi al presente titolo, ravvisando un aumento di quantità naturale nei criterii desunti dall' incremento di *danno immediato*, ed un aumento di quantità politica nei criterii desunti dall' incremento di *danno mediato*.

§. 1568.

Mai bisogna però dimenticare che in questo malefizio alcune circostanze, le quali entro certi limiti possono figurare come semplici criterii misuratori, se oltrepassino cotesti limiti producono invece il diversissimo risultamento di far degenerare la violenza privata in un altro titolo di malefizio. Così l' autorità della quale abbia abusato il violentante sul violentato rimarrà un semplice criterio misuratore che aumenterà la quantità politica del malefizio

finchè l'autorità sia domestica; ma se dessa invece era pubblica sorgerà il titolo speciale di abuso di autorità. Cosi i più gravi effetti daranno un criterio di aumento della quantità naturale della violenza privata; ma quando in tali effetti venga a realizzarsi il materiale di una lesione personale, potrà questa per la sua gravità assorbire il titolo di violenza privata. Così la maggiore o minore ingiustizia della cosa che si è imposta al violentato potrà essere un criterio misuratore, ma quando il concetto della apparente giustizia di cotesta cosa abbia indotto l' agente ad opinare di avere il diritto d' imporla, e l' abbia imposta nello intendimento appunto di esercitare un diritto, al titolo di violenza privata potrà subentrare quello di *ragion fattasi,* che è delitto sociale, e che a suo luogo descriveremo.

Ma perchè la idea di esercitare un diritto violentando altrui faccia degenerare il delitto dalla violenza privata nella ragion fattasi, è necessario che il diritto opinato sia della classe di quelli che coattivamente potrebbero esigersi per le vie di giustizia. Ciò costituisce il vero criterio discriminatore di questi due titoli, poichè il carattere costitutivo della ragion fattasi sta nell' abuso per parte del privato dell' autorità magistrale. Chi costringe con violenza il suo debitore al pagamento incorre nella ragion fattasi e non nella violenza privata. Ma colui che usi violenza contro un rivale per distorlo dal corteggiare la propria fidanzata rimane nei termini della *vis privata,* quantunque nell' animo suo egli creda di aver diritto a ciò ottenere per la fede avuta dalla donzella; perchè cotesto diritto non essendo manutenibile per le vie di giustizia non può

a lui farsi rimprovero di avere sostituito l'autorità privata all' autorità pubblica.

§. 1569.

Ma nella violenza privata bisogna osservare ciò che più in largo noterò alla *ragion fattasi:* cioè che quando la violenza non trascenda per i *modi adoperati* in un delitto *di per sè stante,* la palpabile legittimità della cosa voluta congiunta alla urgenza delle circostanze fa cessare la politica imputabilità della violenza. Sente ognuno che sarà arrisicato il processo ed impossibile la condanna che si provochi contro chi abbia con gravi minacce cacciato dal proprio fondo il danneggiatore da lui colto in atto di appropriarsene i frutti; o contro chi abbia a forza posto fuori dalla propria casa l' insidiatore del talamo, o l'imprudente che in quella si era introdotto a cagione d' ingiuria. Non può pretendersi che il primo lasci vendemmiare la sua vigna riserbandosi poscia a dar querela di danno dato, nè che il secondo lasci corteggiare la propria donna per lagnarsi poscia di violato domicilio. Minacce per quanto gravi, violenza fisica sulla persona purchè non ecceda in gravi lesioni, non potranno in simili circostanze fornire nemmeno l' elemento di un' accusa (1). Ma se questa verità è così sentita da tutti che non ha bisogno di dimostrazione, il giurista non può passar oltre contentandosi della soluzione del senso morale senza indagare il principio giuridico che fa ostacolo alla persecuzione penale. Risalirà questo alla teorica del grado? Non lo credo; perchè quando anche l'agente procedesse senza ira, o perturba-

zione di animo, la conseguenza sarebbe la istessa. Dovrà esso dunque annodarsi ai criteri essenziali della violenza privata, e stabilire *a priori* che la ragionevolezza del fine escluda perpetuamente il delitto? Ciò apparisce perplesso ad una superficiale considerazione. È però evidente che la limitazione anzidetta procede dalla teorica del *moderame*. La ragione scriminatrice dei fatti commessi entro i limiti della difesa del proprio diritto ha il suo cardine in questo che il diritto della difesa privata, infrenato ordinariamente dalla legge sociale per i bisogni dell' ordine, risorge nella sua piena libertà naturale tutte le volte che la difesa pubblica sarebbe nelle circostanze del caso impotente alla tutela del diritto minacciato. I limiti del moderame, che si direbbero ecceduti dal proprietario quando uccidesse o ferisse l' invasore del proprio domicilio o il danneggiatore dei suoi beni, per la soverchia disparità che intercede fra il diritto attaccato con l' azione e il diritto violato con la reazione, non possono dirsi altrettanto ecceduti quando la reazione ha agito soltanto sull' altrui libertà. E quando anche in questo si ravvisasse una lesione di diritto, gli effetti della medesima sarebbero così transitorii da non potervi trovare un eccesso. Ma di più a rigore di termini non vi sarebbe neppure in cotesto modo di reazione una vera lesione del diritto dell' invasore: perchè usare delle proprie attività ai danni del diritto altrui non essendo esercizio di *libertà* ma *licenza*, colui che ne venne impedito non può lagnarsi che siasi violata la sua *libertà personale*. Ed ecco come dallo studio della questione sotto il punto di vista del moderame risalendo ai sommi principii costitu-

tivi la nozione di questo maleflzio, si giunge alla dimostrazione apodittica che nelle fatte ipotesi ed in altre consimili (2) mancano veramente i criterii essenziali del maleflzio, perchè non si è offesa l' altrui *libertà* quando si è impedito ad altri di violare la libertà nostra. Queste idee che appariscono lucide nel titolo della violenza privata incontrano spesso in pratica difficoltà ed esitanze nel titolo della ragione fattasi; ma non è questo il luogo di anticipare lo studio del dubbio sotto codesta forma.

(1) La violenta repulsione di chi vorrebbe fare nuova opera nel nostro terreno non è incriminabile nè come ragion fattasi, nè come violenza privata; ma rientra fra gli atti leciti, purchè vi concorrano questi tre requisiti — 1.° che il lavoro si voglia fare su cosa *posseduta* da noi; nè al possesso che manchi equivale il dominio — 2.° che la repulsione o la demolizione si faccia *in continenti*, non dopo avere per lungo tempo tollerato — 3.° che da nessuna delle parti sia stato per anco adito il tribunale od invocato l' ufficio del giudice. Questa teorica si argomenta sulle *leg.* **1** *et* **7**, *C. unde vi; leg.* **4**, §. 9; *l.* **17** *de vi et vi armata:* ed è insegnata in questi precisi termini dal Ziegler *de jurib. majest. lib.* 1, *cap.* 33, §. 38, e dal Leyser *medit. ad pandect. vol.* 6, *spec.* 426, *med.* 5, *et seqq.* — Engau *pars* **2**, *dec.* **12**, *n.* 8 — Struvio *de vind. priv.* c. 6, *aph.* **7**, il quale applica lo stesso principio a colui che violentemente respinga un vicino nell' atto che vorrebbe imporre una servitù sul suo fondo. Così Leyser (*vol.* **4**, *spec.* **269**, *n.* **5**) insegna che non è a punirsi come violenza privata l' atto col quale si respinge un importuno: ed applica questa dottrina al caso in cui siasi con modi violenti respinto dalla propria casa anche un pubblico ufficiale che indebitamente vi si era introdotto, ed allega un responso della facoltà Helmstadiense in precisi termini.

(2) Finchè dicesi che lo impedimento recato anche mediante violenza ad una azione la quale sarebbe un delitto punibile, non costituisca delitto, è una verità che si rivela al senso morale, e che giuridicamente emerge dalla contradizione che vi sarebbe nel dichiarare delitto lo impedire un delitto. Ma questa regola si allarga dallo Schutze *Lehrbuch* § 87, *pag.* 412, il quale estende la non punibilità anche allo impedimento di un atto *antigiuridico* quantunque non elevato a *delitto* dalle leggi penali vigenti. Questo più largo concetto può essere verissimo in molti casi, perchè si fonda sul principio del sindacato morale che Dio stesso ha dato all' uomo sull' uomo, e che è uno dei *fini primitivi* della umana consociazione. Ma come precetto *assoluto* e perpetuamente costante può forse in parecchie ipotesi incontrare difficoltà. Chiaro si intende che in questa proposizione usata così in termini generali, non può farsi fondamento sulla ragione della *difesa propria o altrui* la quale è impreteribile. Questa dà alla regola un principio *giuridico* ed assoluto; laddove nel senso più largo della *illiceità* dell' atto bisogna prendere a base un principio semplicemente morale.

§. 1570.

Sul *grado* in questo reato non occorrono osservazioni particolari per quanto riguarda la forza morale soggettiva del maleficio: e sebbene praticamente il calcolo degli affetti motori non operi un grande gioco nel fòro rispetto alle accuse di questo reato, pure è evidente che quando l' aspetto di un male abbia veementemente agito sull' animo del colpevole per indurlo ad usare la violenza, non vi è ragione per cui il moto dello sdegno o del timore non debba dal giudice calcolarsi come minorante. Rapporto alla forza fisica i calcoli della degradazione corrono ugualmente sotto le regole generali: senonchè il

tentativo apre l' adito in questo reato a delle difficoltà particolari ed a delle quistioni delicatissime. Già ho notato di sopra come comunemente si opini che la *violenza privata* sia un delitto *formale* (1). Esemplifichiamo il concetto per intenderci più facilmente. Tizio adontato contro Cajo per un contratto che questi stava per concludere e che a quello spiaceva, lo ha aggredito; e minacciandolo di morte ha richiesto da lui che scriva una lettera alla parte, con la quale disdica e rompa il contratto. Se Cajo soggiogato dal timore ha scritto la lettera non può esservi occasione di disputa; il delitto è consumato in tutta la sua linea. Ma pongasi che Cajo sotto la incussione del timore abbia promesso di scriver la lettera; poscia non ne ha fatto niente, ed ha invece denunziato il delitto all' autorità. Il colpevole non ha ottenuto il suo fine: la libertà esterna di Cajo non è stata in niente vincolata, perchè ha agito a tutto piacimento suo; e può anche dirsi che anche la sua libertà interna è rimasta integra, poichè non è stato condotto ad una determinazione contraria ai suoi desiderii. Se la violenza privata si considera come un delitto *formale* bisognerà però dire malgrado ciò che anche in questo secondo caso si ha una violenza privata consumata e perfetta. Pensando altrimenti bisognerebbe dire che non se ne avrebbe invece che un semplice tentativo. Il delitto certamente non consiste nell' *ottenere il fatto* voluto, ma nell' usare coazione sul corpo o sulla volontà. Ma quando il fatto voluto non si ottenne potrà dirsi che anche la coazione non ebbe luogo? Se ciò potesse dirsi in modo assoluto apparirebbe dubbiosa la condizione di formale attribuita al reato

di violenza privata, perchè la non esecuzione del fatto imposto darebbe sempre ragione di affermare che la volontà restò libera: in tal guisa lo irrogare la pena del tentato o del consumato delitto dipenderebbe unicamente dal sapere se quando Cajo sotto la imminenza del timore promise di fare la cosa da lui non voluta ne ebbe veramente per quel momento la intenzione, oppure se mai non la ebbe neppure allora. Nella seconda ipotesi potrebbe asserirsi, e con verità, che la determinazione di Cajo non fu mai vinta neppure internamente; ma nella prima ipotesi il soggiogamento della volontà sarebbesi consumato per la invisa determinazione assunta in obbedienza all' imperio altrui; e la fase posteriore del variato consiglio non farebbe cessare quella prima fase nella quale si sarebbe esaurita la oggettività del delitto. Ma come trovare il vero in questo dilemma, tranne per le dichiarazioni sempre sospette dello stesso offeso, il quale venga a far conoscere alla giustizia se la sua volontà fu o non fu mai soggiogata, almeno per un istante? La inconvenienza di ridurre il giudizio a questo sottilissimo filo è ragione pertanto di accettare il pensiero che la violenza privata debba riguardarsi come delitto formale. E qui si anticipi la idea che la soluzione del problema deve correre di pari passo così nella violenza privata come nella violenza pubblica, non essendovi ragioni di distinguere fra ipotesi ed ipotesi.

(1) Mori (*teorica, pag.* 277) e Puccioni (*commentario, art.* 361) sono concordi nel ritenere la violenza privata

come delitto *formale*: e in questo senso decise la Corte di Cassazione con decreto 15 maggio 1856.

§. 1571.

Ma allora dovrà egli dirsi che il concetto del tentativo nella violenza privata non è configurabile perchè al momento in cui fu aggredita l'altrui libertà, o non fu fatto niente di criminoso se gli atti erano per condizione loro impotenti, o fu fatto tutto perchè immediatamente si esaurì l'attacco al diritto della libertà individuale in cui risiede la oggettività del maleficio? Il Waechter *(pag. 416)* credette trovare la ipotesi del tentativo del *crimen vis* nel caso della *mancata resistenza* per parte dell'offeso. Se si esercitarono atti di forza contro alcuno per indurlo a fare una cosa alla quale si supponeva che ei dovesse essere contrario, ma invece questo era pronto a farla volentierissimo, e la fece per suo spontaneo volere, e sarebbe stato pronto a farla anche senza nessuno apparato di forza, sembra che il Waechter ravvisi in simile contingenza la figura di un tentativo. Io concordo con lo illustre alemanno che la *resistenza* (o interna od esterna) della vittima sia condizione essenziale al crimine di violenza, del quale ho già detto stare il carattere costitutivo nella contradizione dei due voleri. Ma non parmi esatto definire neppure come tentativo punibile il caso della mancata resistenza; perchè nel medesimo dovendo per ragione della stessa ipotesi negarsi fin da principio la esistenza della volontà contraria da vincere, siamo nei termini netti del tentativo che sparisce per mancanza di oggetto:

nel modo stesso che non potrebbero punirsi come rei di tentato omicidio coloro che avessero atterrato l'uscio del nemico e si fossero notturnamente introdotti nella sua camera col fine preciso di ucciderlo, e che poi nell'atto di immergere il pugnale nel corpo giacente in quel letto si fossero accorti che quel corpo era già da due giorni cadavere. Un ladro mi si fa innanzi sulla pubblica via, e senza usare minaccia mi toglie di dosso il mantello. Potrà egli dirsi che costui è reo di tentativo di furto violento perchè aveva preparato nell'attiguo campo quattro compagni armati, da me non visti, pronti ad accorrere ed usare violenza sopra di me qualora io avessi lottato? In questa ipotesi che io faccio, si ha pure qualche cosa di più che nell'altra, perchè in questa si ha certezza della volontà contraria del proprietario, la quale avrebbe condotto alla estrinsecazione della violenza se egli avesso resistito; mentre nella ipotesi del Waechter può non aver mai esistito la volontà contraria. Questioni sono queste sottilissime nella scuola e gravide di difficoltà nel fòro criminale. In una parola; o il Waechter suppone che l'aggredito non avesse nessuna volontà contraria al fatto voluto dal colpevole, e per me non ricorrono neppure i termini abili del tentativo: o invece suppone che l'aggredito avesse una volontà contraria e che per l'apparato di forza messagli innanzi abbia ceduto senza resistere, ed allora per me il *crimen vis* è consumato; perchè quella istessa violenza che lo ha costretto a patire lo ha costretto a dimettere il pensiero di resistere. In colui che ha resistito ma invano, è vinta la libertà nell'ultimo momento dell'azione o della inazione

ottenuta malgrado il suo contrario volere e la sua resistenza: in colui che all'apparato di forza non solo ha ceduto ma si è ancora astenuto dal tentare una resistenza, la libertà è invece vinta due volte; vinta in quanto al fatto finale, vinta in quanto alla resistenza che si sarebbe voluta fare e non si è fatta per cagione di timore.

§. 1572.

La penalità di questo delitto negli statuti criminali che lo hanno preso a considerare modernamente non eccede i limiti di un semplice castigo correzionale. Nè vi ha ragione di temere per la soverchia mitezza di siffatta pena in un reato che, ove per poco si accompagni da circostanze impotenti, trapassa con tutta facilità subordinatamente alle medesime in un più grave titolo di reato. Il codice Toscano (art. 361) lo punisce col carcere fino a due anni.

CAPITOLO III.

Minacce.

§. 1573.

Anche qui la dimenticanza della classe speciale dei malefizi che traggono la loro oggettività giuridica esclusivamente dalla libertà personale attaccata, condusse ad equivoci la teoria e la pratica, e lasciò fluttuante la nozione della *minaccia* (1); ora producendo la conseguenza che rimanesse impunita,

ora portando a contemplarla sotto un falso punto di vista. Taluno collocò le *minacce* fra le *ingiurie;* e su questo pensiero correva la vecchia giurisprudenza toscana. Ma la minaccia non ha i caratteri di offesa all' onore nè subiettivamente nè obiettivamente, perchè in fatto chi minaccia non ha l' intenzione di diminuire l' onore del minacciato; e non si denigra il buon nome di un individuo col minacciarlo, nè si genera in lui un sentimento di vergogna. Altri ravvisò nella minaccia un *tentativo* del delitto minacciato. Concetto falsissimo, perchè anche del tentativo manca nella minaccia così l' elemento subiettivo come l' obiettivo. Col minacciare la morte non s' incominciano gli atti di esecuzione dell' omicidio; e chi la minaccia il più delle volte non ha niente la intenzione di uccidere, ma unicamente mira ad intimorire. Altri non credette meritevole di titolo speciale la minaccia, tranne quando era accompagnata dall'*ordine.* Concetto errato ancor questo, poichè quando la minaccia è accompagnata dall'*ordine* con cui il minacciante conosciuto ingiunge sotto pena di un male, di fare o non fare o permettere una qualche cosa, la minaccia degenera in *violenza privata* per la specialità del suo fine: Cassazione 30 giugno 1860.

(1) Bibliografia — Carpzovio *practica crim. quaest.* 57; *et jurisprud. for. pars* 4, *constit.* 44 — Bergero *electa juris criminalis vol.* 1, *pag.* 116 — Cremani *de jure criminali lib.* 3, *cap.* 22 — Renazzi *elementa jur. crim. lib.* 1, *cap.* 4, §. 9 — Baurboom *de scopelismo arabico* — Dolfio *allegationes pag.* 568 — Contoli *dei delitti e delle pene vol.* 4, *pag.* 76 — Jousse *justice*

criminelle vol. 3, pag. 587 — Ala *foro criminale vol.* 5, *pag.* 175: *e vol.* 6, *pag.* 361 *e* 364 — Giuliani *istituzioni vol.* 1, *pag.* 142 — Tissot *droit pénal tom.* 2, *pag.* 81, 82 — Puccioni *commento vol.* 4, *pag.* 640 — Arabia *principii del diritto penale vol.* 3, *pag.* 40 — Tolomei *elementi di diritto penale pag.* 350.

§. 1574.

Fu un errore anche quello di coloro che la *minaccia* noverarono fra i delitti contro la *pubblica tranquillità*. L'errore consiste nello scambiare le funzioni del *danno mediato* con quelle del *danno immediato*. Sotto il rapporto del danno mediato tutti i delitti possono dirsi contro la pubblica tranquillità, perchè tutti turbano la quiete dell'animo nei cittadini diminuendo in loro la opinione della propria sicurezza: sta appunto in questo il carattere *politico* che si assume da certi fatti dannosi, ed in virtù del quale essi si elevano a delitti, e si frenano non col solo magistero di coazione ma col magistero di repressione: senza ciò non sarebbero che meri fatti interessanti le relazioni individuali fra uomo e uomo. Ma il danno mediato non può essere il criterio di delimitazione fra le diverse classi dei malefizi per la costante sua identità di specie, differendo soltanto nella quantità. La classazione dei reati bisogna dunque costruirla sul criterio del danno immediato, lasciando alla quantità diversa di danno mediato la sua vera funzione di criterio misuratore. Ora nel rapporto del danno *immediato* è intuitivo che la minaccia non ferisce la tranquillità *pubblica*, ma quella soltanto dell'*individuo* minacciato; a segno

che quando la minaccia sia contro una moltitudine o contro il rappresentante di una moltitudine, degenera il più delle volte in una *violenza pubblica;* titolo che troveremo a suo luogo fra i delitti contro la pubblica tranquillità. È repugnante che si dica delitto contro la tranquillità pubblica l'atto con cui Tizio minaccia di ferire Cajo, quando non è delitto contro la tranquillità pubblica l'atto con cui Tizio ferisce Cajo. Noi non avremmo difficoltà a dire la minaccia delitto contro la *tranquillità privata,* perchè naturalmente tuttociò che turba la quiete dell'animo (come il timore incusso da una minaccia) minora la libertà interna: e già mostrammo, quando parlammo del fine della pena, che nel nostro modo di vedere tranquillità e libertà si unificano fino ad un certo punto in un comune concetto; perlochè saremmo indifferenti sull'una o sull'altra denominazione che volesse darsi alla classe presente, poichè entrambo al nostro sguardo risalgono qui all'identico pensiero. Ma non abbiamo potuto aderire ad intitolare la presente classe con la rubrica della *tranquillità privata,* anzichè con quella della *libertà individuale,* per la ragione che vi sono dei titoli (come il ratto, il plagio, ed in alcune forme la violenza privata) che ledono qualche cosa di più che la mera tranquillità dell'animo (libertà interna) ma si estrinsecano in una pressione reale sul corpo (libertà esterna). Laonde piuttosto che dividere in due la presente classe meglio amammo darle la rubrica della *libertà individuale,* che include tanto i casi della pressione sulla libertà interna (tranquillità) quanto i casi della pressione sulla libertà esterna. Mai peraltro potremmo soscriverci a ricono-

scere indistintamente nella *minaccia* un delitto contro la pubblica tranquillità.

§. 1575.

La vera indole del delitto di minaccia, considerato nei suoi intrinseci caratteri e nell' ordinario suo modo di essere, lo richiama alla classe dei reati contro la libertà personale. Il criterio che rende politicamente imputabile la minaccia sorge dalla influenza che essa esercita sull' animo del minacciato: perchè il timore in lui sorto per la minaccia fa sì che egli sentasi meno libero, e si astenga da molte cose che senza quella egli avrebbe tranquillamente fatto, od altre ne faccia che non avrebbe eseguito. Così l' agitazione che la minaccia desta nell' animo restringe la facoltà di riflettere pacatamente e determinarsi a piacimento proprio; e impedisce certe azioni, o costringe ad altre di provvedimento e cautela; e ne avviene la restrizione della libertà tanto interna quanto spesso ancora della esterna. Laonde vi è deficienza nella tutela giuridica appo quei codici che prevedono la sola *minaccia con ordine*, senza dettare repressioni speciali contro la minaccia non accompagnata dall' ordine (1). Potrebbe dirsi che nella minaccia con ordine (che presso noi traducesi nei casi ordinari in violenza privata) l' attacco alla libertà è *esplicito*, perchè il colpevole apertamente indica qual' è la cosa che il minacciato non deve fare se vuole stornare da sè il male minacciato. Potrebbe dirsi che nella minaccia senza ordine la restrizione alla libertà del minacciato è *implicita:* ma non può certamente negarsi che una restrizione

alla libertà v' intervenga, e che nella offesa a cotesto diritto si concreti per lo più tutta la oggettività giuridica del maleflzio. Se taluno ha minacciato di uccidermi ove io non mi astenga dal fare una data cosa, l' impedimento alla mia libertà è esplicito; perchè chiaramente si è mostrato in qual parte del suo esercizio la medesima si vuole impedire, ed allora sorge il titolo di violenza privata per violenza *morale* (codice Toscano art. 108 e 361 — Puccioni *comment. vol. 3, pag. 85*) e la mia libertà è limitata tassativamente in rapporto a quell' atto o a quell' oggetto; nel rimanente è illesa. Se altri invece minaccia di volermi uccidere indipendentemente da qualsiasi condizione, costui non avrà forse l' intendimento esplicito di vincolare la mia libertà: egli accarezza la vaga idea di farmi paura, di farsi rispettare da me, di mostrare la sua superiorità. Ma in fatto io temo: e per causa di quel timore ora sfuggo i luoghi dove potrei incontrare il nemico, ora mi astengo dall' uscire di casa la notte per non veniro assalito, ora mi procaccio scorta di amici per mia difesa: sotto cento forme si svolge sull' esercizio della mia libertà l' influsso di quella minaccia. Tutte coteste forme non sono state forse prevedute e volute dal minacciante; ma erano implicite nel suo generico concetto di farmi temere. È dunque esattissimo a parer mio il pensiero di coloro che la minaccia riferiscono ai reati contro la libertà personale; e d' altronde non saprebbesi a qual altro diritto riferire la relativa offesa. Io credo perciò che in quanto al collocamento della minaccia nella presente classe la scienza moderna abbia pronunziato la sua ultima sillaba.

(1) Il codice penale Francese del **1810** puniva la minaccia con ordine o sotto condizione (art. 305) non distinguendo fra minaccia anonima e firmata, sì l'una che l'altra con la pena della galera a tempo quando il male minacciato era tale che avrebbe meritato ove fosse stato inferito la galera a vita, la morte, o la deportazione purchè la minaccia fosse scritta. Che se la minaccia di un male siffatto congiunto all'ordine era semplicemente verbale (art. 307) la puniva col carcere da sei mesi a due anni. Ove poi la minaccia dei gravi mali suddetti fosse stata scompagnata da ordine o condizione (art. 306) non la puniva che quando era scritta, sottoponendola alla carcere da due a cinque anni. La riforma del 13 maggio 1863 ha modificato queste penalità, riducendo nel primo caso la pena della galera al carcere da due a cinque anni, e nel terzo caso dalla carcere da due a cinque anni alla carcere da uno a tre. E di più (art. 308) ha riempito una lacuna del vecchio codice punendo col carcere da sei giorni a tre mesi la minaccia con ordine sia verbale sia scritta, quando il male minacciato è inferiore a quello previsto dall'art. 305, fermo stante però sempre il concetto che il male debba consistere in una offesa alla persona. Sicchè anche dopo questa riforma rimangono sempre due vuoti nella legge di Francia. Il primo è quello relativo alla minaccia di un danno negli *averi*, che è pur preveduto dall'art. 362 del codice Toscano; il secondo è quello della minaccia verbale *senza ordine*, la quale rimane sempre impunita. Tale impunità, che già si elogiava da Rogron nel commento all'art. 307, si è deplorata recentemente dal Pellerin (*commentaire de la loi des* 18 *avril* 13 *mai* 1863, *pag.* 152) come un difetto; osservando che tali minacce non si possono punire come ingiurie e restano senza repressione quantunque siano molto più gravi delle ingiurie.

§. 1576.

Questo delitto si può definire — *qualunque atto col quale senza ragione legittima e senza trascen-*

dere o per i modi o per il fine in altro delitto, alcuno deliberatamente minaccia d' inferire ad altri un qualche male futuro.

Dicesi *qualunque atto,* perchè la forza fisica soggettiva di questo malefizio non richiede condizioni speciali di materialità (1) ed è indifferente la natura dell' atto purchè idoneo ad incuter timore e ad esprimere la idea di un pericolo. Laonde come mero criterio misuratore, scevro di importanza sulla essenzialità o sulla misura del malefizio, ricordasi la distinzione fra minacce *verbali,* che sono quelle ove il concetto minaccioso si esprime con parole dette o scritte (2); e minacce *reali,* che così si chiamarono quelle ove il concetto ostile si estrinseca mediante il gesto od altro segno rappresentante il pensiero.

(1) La nozione del delitto di minaccia è tutta *oggettiva.* La sua essenzialità consiste — 1.° nello aver voluto *incuter timore* — 2.° nello avere a tal fine eseguito un atto *che aveva potenza d' incutere timore.* Ancorchè nella realtà delle cose l' atto fosse completamente innocuo e non concorresse la *possibilità di produrre* il male minacciato, se esso ebbe la *potenza di farlo temere*, vi è quanto basta allo elemento materiale del malefizio. Così i tribunali Francesi hanno rettamente giudicato che una minaccia fatta con pistola (Morin *art.* 8503) esaurisca le condizioni di questo reato ancorchè fosse fatta con pistola *scarica;* perchè l' aggredito ignorando lo stato dell' arma a fuoco che vede rivolta contro la propria vita ha ragione di temere ugualmente. Sarebbe un errore impegnarsi in una descrizione soggettiva nel definire questo reato, perchè si correrebbe pericolo di sostituire al suo generico concetto giuridico un concetto materiale falso e fallace. In questo vizio incorse anche il codice Sardo all' art. 431. Ma è questo un difetto costante di quel codice, che sempre

definisce i reati con una *esemplificazione materiale*, quasichè la mente del legislatore contempli una materialità determinata; e poscia quasi pentitosi della via intrapresa sente il bisogno di correggere sè stesso e di ricondurre la nozione al più vasto concetto giuridico, aggiungendo la formula o *con altro simile modo*, od altra equivalente. Anche qui comincia nello articolo 431 dallo stabilire che la minaccia deve essere di *morte* o *d' incendio*: e così la mente di chi legge trovasi portata subito a contemplare una materialità: ma poi soggiungendo l' articolo, o di *altro grave danno*, la mente trovasi tosto lanciata in un terreno tutto diverso; e di quella prima vanitosa indicazione altro non rimane che una perplessità pericolosa sul decidere il vero senso di quella parola *altro*. Dappoichè sappia ognuno che siffatta parola può avere due significazioni opposte: l' una *avversativa* e l' altra *assimilativa*, rispondenti all' *alter* e all' *alius* dei latini. In tal guisa porge occasione agli uni di sostenere che il danno deve essere equivalente alla *morte* o all' *incendio*, ed agli altri di sostenere all' opposto che un danno anche di natura diversa (per esempio la minaccia di diffamare) basti allo scopo purchè sia *grave*. Ciò che io noto a questa occasione si ripete in quasi tutte le definizioni di quel codice, il quale sembra essersi composto a tentone senza mai sollevarsi alla nitidezza del concetto giuridico.

(2) Su questo proposito discorda l' illustre Puccioni (*commento vol. 4, pag.* 642) il quale pone fra le *reali* la minaccia espressa con scritti, stampa, o pittura. Definire la questione a questo luogo è poco importante: lo è assai nella materia delle ingiurie, come a suo tempo vedremo. Ma poichè ormai la moderna scuola ha deciso che la ingiuria fatta con pitture e sculture si consideri come uguale alla scritta, e la ingiuria scritta equipara quando è semplice alla verbale, parmi che analoga nomenclatura debba applicarsi eziandio alla minaccia. La minaccia *reale* comprende in sè anche quella che gli antichi chiamavano *simbolica*, e che facilmente degenera in scopelismo, come mostreremo fra poco. Del resto

che la minaccia *scritta* indipendentemente dall' anonimo sia delitto assai più grave della sola minaccia *verbale*, può dirsi insegnamento comune: vedasi Carpzovio *praxis crim. quaest.* 37, *n.* 68 *et seq.* — Bergero *electa jur. crim. vol.* 1, *pag.* 116.

§. 1577.

Dicesi *senza ragione legittima*, perchè molte minacce devono essere immuni da ogni persecuzione penale per virtù della causa o del fine a cui si inspirano. Molti mariti minacciano cose orribili alle mogli loro in caso d' infedeltà per tentare di vincere mediante il timore la naturale incostanza: molti proprietari di campagna minacciano anche di morte un conosciuto danneggiatore se lo vedono appressarsi ai loro beni, onde distorlo dall' usurparne i prodotti. In queste ed altre simili contingenze non può riscontrarsi alcuna criminosità, perchè al delitto manca la oggettività giuridica. Sebbene tali atti siano diretti ad incutere timore e possano realmente incuterlo, non ne sorge un rapporto di contradizione tra il fatto ed il diritto, quando la incussione del timore tende appunto a contenere il minacciato nella obbedienza alla legge morale o giuridica, e niente invade o restringe l' esercizio della sua libertà (1).

Dicesi *senza trascendere in altro delitto o pel modo o pel fine*, in sequela alla ormai nota teorica della prevalenza. La minaccia trascenderà per i *modi*, quando sia stata accompagnata da danneggiamento della persona o della proprietà; trascenderà per il *fine*, quando sia diretta ad estorcere de-

naro, a violentare una femmina, ad impedire un atto di giustizia, o simili.

Dicesi *minaccia d' inferire,* perchè alla minaccia è necessario che il male minacciato sia per provenire dal fatto ingiusto del minacciante, e non dall' ordine delle cose, nè dalla mano di un terzo del quale non sia complice il minacciante. Chi imprechi ad altri un infortunio, o ad altri lo preconizzi come conseguenza prevedibile del fatto di lui, non è reo di minaccia: nè lo è chi ad altri predica che un terzo gl' inferirà gravi mali, a meno che ciò non sia fatto in esecuzione degli ordini di quel terzo come ambasceria mandata da lui: sebbene in simili contingenze possa esservi la incussione di un timore ed esser questo ingiusto, pure il delitto non vi è, perchè invece del dolo si riconosce in colui che proferì la proposizione minacciosa lo intendimento piuttosto di ammonire altri sul pericolo che corre.

Dicesi finalmente con formula indefinita *un qualche male,* perchè non può stabilirsi un limite assoluto alla entità del male minacciato: che abbia una certa gravità è sicuramente indispensabile; ma il calcolo di tale gravità è relativo, e bisogna lasciarne la valutazione alla prudenza del giudice: solo può dirsi in genere che sulla *essenza* della minaccia niente influisce la *specie* del male minacciato, purchè sia di una sufficiente *gravità.* Trattisi di male nella *persona,* o di male nella *roba;* trattisi di male *prossimo,* o di male *remoto;* trattisi di male imminente a *noi stessi,* o a *persona a noi cara:* sempre la minaccia di questi mali sarà politicamente imputabile (2).

Dicesi finalmente di un male *futuro*, perchè da una minaccia di male presente (3) non può sorgere restrizione alla libertà individuale, cessando ogni timore poichè la minaccia non fu eseguita sull' atto.

Per cotesta definizione e per la succinta analisi che ne ho fatto, vengono ad essere sufficientemente chiariti i criterii essenziali generici del presente maleficio.

(1) Naturalmente il *male* minacciato deve essere ingiusto. Laonde qualunque minaccia possa interpetrarsi in modo da appellare ad un male inferito dalla giustizia (come chi in altri tempi avesse detto, ti farò frustare, o simili) non costituisce minaccia punibile: Bergero *electa crimin. vol.* 1, *pag.* 117. — Boehmero *meditat. pag.* 833

(2) Il Cosentino avverte (*pag.* 296) che la minaccia affinchè possa essere punita deve alludere ad un male *probabile*. La osservazione è giustissima. Se il male minacciato non è possibile come conseguenza del fatto dell' uomo, evidentemente si riduce ad una *imprecazione;* la quale in persona ragionevole se può eccitare sdegno non eccita certamento timore. L' illustre criminalista esemplifica poscia cotesto concetto con la minaccia consistente nel dire, *vi farò cader la luna sul capo:* evidentemente oltre l' elemento oggettivo manca in siffatta ipotesi anche l' elemento soggettivo, perchè nessuno può essere così stolto da persuadersi di tanta potenza, nè da credere d' incutere timore, minacciando cosa che all' uomo non è dato di fare. Ma qui bisogna peraltro avvertire che non sempre vogliono essere le parole prese nel loro nudo e materiale significato. Spesso nella minaccia di cosa che presa alla lettera sarebbe impossibile, si esprime il concetto possibile della uccisione, dell' incendio, e simili. Così chi dicesse *ti voglio far camminare con la testa in mano* direbbe cosa che presa alla lettera è un impossibile; ma poichè simboleggia nel suo concetto la precedente

uccisione, può benissimo in cotesta ed analoghe formule (quantunque nella loro corteccia esprimano cosa impossibile) ritrovarsi l' elemento così soggettivo come oggettivo della minaccia imputabile.

(3) La Corte di Cassazione di Firenze ha proclamato con molti suoi giudicati la regola che le sole minacce di un male *futuro* possono cadere sotto le sanzioni del codice penale Toscano: Decreto 2 settembre 1857; 11 maggio 1859; 24 agosto 1861, il quale cassando senza rinvio decise non essere *nè minaccia* nè atto altrimenti punibile il fatto di chi al fine di atterrire il nemico aveva esploso contro di lui una pistola scarica; 28 agosto 1862; 14 febbraio 1863; 2 aprile 1863; 30 settembre 1863.

§. 1578.

La gravità maggiore o minore del male minacciato attiene ai criterii misuratori della *quantità naturale* di questo malefizio, poichè il suo danno immediato consiste nel timore incusso e respettivamente patito: cosicchè il più o meno di timore incusso dovendo essere spontaneamente proporzionale al più o meno di gravità del male minacciato, la ragione di cotesto criterio tiene alla oggettività materiale del reato indipendentemente da qualsisia considerazione politica. Del pari come criterio misuratore della quantità naturale di questo delitto deve calcolarsi lo stato di animo del minacciante, secondo che il medesimo parlava freddamente od era in un accesso di collera. Dove si volesse con soverchia rigidità mantenere la minaccia indistintamente nella categoria dei delitti quantunque emessa sotto l' impulso della collera, sarebbe incontrastabile la osservazione che qui l' impeto degli affetti

non tiene soltanto al *grado* del delitto, ma influisce ancora sulla sua quantità: e precisamente influisce sulla *quantità* naturale del delitto in quanto ne modifica il danno immediato. In un colpo di coltello il danno immediato è lo stesso, sia che si scagli nella ira o con animo deliberato. Laonde l' affetto in codesti reati non può considerarsi che come minorante in ragione della minor forza morale soggettiva del delitto; senza che la forza fisica oggettiva di questo ne soffra alterazione nessuna. Ma nella minaccia non è così, poichè altro è il timore che genera una minaccia lanciata da un uomo che ebro di collera appena sa ciò che dice; ben altro è lo spavento che genera una minaccia emessa seriamente da un uomo tranquillo. Questa verità che si rivela al senso di ognuno è stata saviamente portata dai giuristi al suo ultimo svolgimento, insegnando la regola che l' impeto degli affetti nella minaccia *verbale* non sia soltanto circostanza *minorante,* ma bensì *dirimente* la imputazione. La minaccia proferita nel calore dello sdegno non può essere causa di serio timore, e perciò non presenta bastevoli elementi di politica imputabilità (1). Per questo motivo noi apponemmo nella definizione la formula *deliberatamente.*

(1) Puccioni *commentario vol. 4, pag.* 943. E questa è per noi massima di giurisprudenza dopo il decreto della Corte di Cassazione di Firenze dell' 11 febbraio 1854. Il mite Giuliani *(istituzioni vol. 1, pag.* 142) spinge cotesta osservazione fino al punto di negare la politica imputabilità delle minacce semplici da privato a privato, e ne adduce come argomento la osservazione che se il nemico si astenne

dall' offendermi quando era nel bollore dell' ira e contenlossi di minacciarmi, mollo più se ne asterrà quando in lui sia calmato lo sdegno. La osservazione apparisce a prima vista giustissima; ma lascia scoperto il caso della minaccia emessa con animo deliberato. Anche Cremani *(de jure crim. lib. 3, cap. 22, §. 17)* insegnò che le minacce *sunt contemnendae* quando partono da un uomo che era agitato dall' ira o in stato di ubriachezza. Diversamente opinò il Leyser *(spec. 553, medit. 22)* il quale nel calore dello sdegno non ravvisò per le minacce che una semplice minorante, argomentandola dalla classica sentenza di Paolo alla *l.* 48; *de regul. jur.* E trovossi persino chi sostenne potersi irrogare la relegazione perpetua al colpevole di minacce verbali proferite nell' ira: Hommel *rhapsodiae, observat.* 130 — Kress *ad art.* 129, *C. C. C.* Tale è il mutamento che hanno subìto le idee nel progresso dei lumi!

§. 1579.

Finalmente evvi nella minaccia un criterio misuratore tutto suo proprio nella circostanza dell' *anonimo;* ed è di tale importanza cotesto criterio che nel modo di vedere di molti dottori e legislatori se ne sono costituite due forme criminose distinte. Più comunemente sulla scorta appunto della circostanza dell' *anonimo* si divise la minaccia in *semplice* e *qualificata.* E si disse *semplice* quando fu fatta alla palese: e *qualificata* quando il suo autore si tenne occulto. La ragione per cui la minaccia anonima deve tenersi come di gran lunga più grave è sensibile e positiva. Se il criterio essenziale del delitto di minaccia sta nel timore incusso ne deriva bene per necessità logica la conseguenza che la sua quantità naturale (1) starà in ragione del maggior

timore prodotto. Ora sente ognuno che quando la minaccia procede da persona a me conosciuta, io ho cento modi per calmare le apprensioni dell'animo mio. Può la persona essere tale da non temerne; posso usar mezzi di riconciliazione; posso provvedere con mezzi privati alla mia difesa contro di lui; posso invocare l'autorità perchè ne infreni le velleità malvagie. Ma quando la minaccia è anonima io non so quali e quanti saranno i nemici miei; non so da chi guardarmi; non so contro chi debba chiedere od aspettare protezione. In ogni uomo che incontro, in ogni individuo che si avvicina al mio domicilio ho ragione di temere che si celi lo sconosciuto nemico. A buon diritto pertanto la minaccia *anonima* si considerò dai criminalisti come di gran lunga più odiosa, sino al punto di darle un *nome* speciale; il nome di *scopelismo*.

(1) Il Glaser nel suo trattato penale sulle condizioni delle minacce punibili, sottoponendo ad accurata analisi la vera ragione politica di punire la minaccia, osservò che la considerazione della impressione psichica in questo reato si coordina alle idee che dominano in generale nella valutazione sia dell'inganno sia della violenza: in quanto cioè da tale impressione psichica ne deriva una conseguenza reale a danno del paziente. Il Glaser, che francamente si professa seguace della dottrina di Romagnosi, procede dal principio che la *potenzialità* del danno derivante da una data azione malvagia equivalga al danno effettivamente avvenuto, per dare legittima base alla imputabilità politica. Egli avverte quindi che la lesione del diritto mercè la minaccia bisogna trovarla nella restrizione della libertà giuridica del minacciato derivante dai moti che può eccitare nell'animo suo la minaccia. La *potenzialità* ad incuter timore esaurisce dunque le con-

dizioni essenziali della sua politica imputabilità: al che vuolsi aggiungere che se il minacciato non concepì timore al primo udire la minaccia, può benissimo questo timore generarsi in lui successivamente quando rifletta alla minaccia patita; cosicchè la negazione dello effetto consistente nella impressione psichica non può mai affermarsi con sicurezza.

§. 1580.

La parola *scopelismo* è a noi derivata dal giure romano, e occasionata da una speciale costumanza dei popoli arabi. I romani, promotori sempre della industria agricola, colonizzavano e riducevano a coltura le terre conquistate. Gli arabi addetti alla pastorizia vedevano nel dissodamento delle terre la distruzione dei pascoli, elemento indispensabile alla industria loro. Quindi osteggiavano con ogni forza la coltura dei terreni; e in questa lotta avevano l'uso di porre un mucchio di sassi (*scopula*) nel prato del quale volevano interdire la coltivazione: lo che giusta i costumi loro era segno che chiunque si fosse dato a coltivare quel terreno sariasi morto. Di qui la origine del nome di *scope lismo* che la pratica estese a qualunque minaccia anonima. Di qui la grande severità dei romani contro questo delitto che punirono persino di morte. Di qui la falsa idea che molti hanno riprodotto, attingendola da V o e t e da altri romanisti, che lo scopelismo debba tenersi come un delitto contro l'agricoltura, e che la sua gravità politica abbia ragione nello interesse di promuovere la coltura dei terreni. Ciò che potè esser vero per questo delitto nella sua genesi non è più vero oggidì, poichè

la pratica ha allargato il concetto dello scopelismo applicandolo in genere a qualsiasi minaccia anonima.

§. 1581.

Fu pure errato il pensiero di altri (fra i quali Carmignani *elem.* §. 727) che vollero si riferisse lo scopelismo ai delitti contro la *pubblica tranquillità* (1). Questo pensiero non è accettabile perchè con la minaccia anonima si offende un individuo od una famiglia, non un numero indeterminato di cittadini o tutti i cittadini. Ciò potè esser vero nel primitivo concetto arabo, poichè col porre quei sassi nel prato non si minacciava morte ad un solo individuo, ma a chiunque indistintamente avesse coltivato quel campo. Allora si voleva incuter timore a tutto un popolo e tutti si volevano repellere dal coltivare quella terra. E se fosse questo tuttora il carattere costitutivo dello scopelismo concorderei col Puccioni che ei dovesse mantenersi nella classe dei reati contro la pubblica tranquillità. Ma oggi i fatti di scopelismo più di frequente prendono di mira determinate persone, nelle quali si viola un diritto *naturale*, non un diritto *politico*. Sarebbe dunque una anomalia mantenere tali reati nella classe dei delitti sociali o politici. Certamente la minaccia così anonima come non anonima ed anche la stessa verbale possono in qualche caso speciale essere dirette contro persone pubbliche, o contro tutta una comunità senza designazione d'individui; ed allora il delitto cambierà nella classe e nella oggettività, perchè il suo danno immediato sarà nel timore che direttamente si volle incutere alla

moltitudine o ad un suo rappresentante. Ma questo è caso eccezionale: e la nozione generica del reato non può desumersi da tali eventualità, tranne per quei codici che della minaccia facessero un delitto *sui generis* soltanto quando fosse diretta indistintamente contro tutti i cittadini. Meno ciò il danno immediato trovasi nel solo individuo minacciato; e gli altri non ne sono offesi se non *mediatamente* per l'apprensione di rinnuovamento a proprio danno. E ripeto che se per il solo *danno mediato* dovesse definirsi la classe, tutti i malefizi sarebbero delitti contro la pubblica tranquillità.

(1) Nella pratica germanica si contemplava una forma speciale di minaccia a cui si dava il nome di *diffidazione*. Ma propriamente il concetto che annettevasi a cotesta denominazione non rispondeva a quello che noi annettiamo alla parola *scopelismo;* poichè la minaccia convertivasi in diffidazione per la circostanza di essere stata ridotta in scritto indipendentemente dall'essere o no sottoscritta. Le minacce a parola restavano sotto la denominazione di minacce e si punivano leggermente: ma erano gravemente punite quando *quid facti accesserit*. E il *quid facti* che di tanto elevava la pena era anche il solo averla redatta in scritto: ed ecco perchè invalse l'uso fra molti criminalisti di chiamare minacce *reali* le minacce scritte. Del resto altre differenziali intercedono fra lo scopelismo e la *diffidatio* germanica, in special modo avuto riguardo alle disposizioni della *C. C. C.* art. 129: vedasi ivi Kress *pag.* 405; Boehmero *pag.* 536; e Clasen *pag.* 407. E più particolarmente la *diffidatio* germanica voleva, a differenza dello scopelismo nostro, l'estremo che si minacciasse un delitto che in qualche modo potesse turbare la pubblica quiete. Così la minaccia anche scritta ed anomina di uccidere alcuno non costituiva la *dif-*

fidatio, mentre la costituiva la minaccia scritta benchè non anonima d' incendiare la casa di alcuno. Tale è il concetto che ci sembra più vero sull' insegnamento del **Leyser** (*spec.* 553, *meditat.* 9 *et* 16) quantunque il **Kress** discordi da lui circa il requisito della scrittura. Vedasi anche **Bürgers** *singularium observationum Centuria* 2, *observat.* 19. Le tradizioni dell' antica nozione della diffidazione Germanica si rivelarono anche nell' art. 213 dell' abolito codice Prussiano, che ne faceva una specialità, dove la *minaccia* eccezionalmente punivasi più della violenza. Nel nuovo codice dell' Impero Tedesco al §. 126 sembra essersi conservata quella tradizione col titolo di *Landzwang*. Nel concetto germanico della *diffidatio* io trovo prevalente il pensiero che il male minacciato generi direttamente un timore universale; sia perchè si diffidi una università, sia perchè si presagisca una tal forma di vendetta che possa mettere tutti in pericolo, come l' incendio. In tale ordine d' idee potè benissimo considerarsi questa figura criminosa come un delitto contro la pubblica tranquillità. E se mi è lecito avventurare una congettura dirò che la opinione invalsa in molti criminalisti italiani che il nostro scopelismo sia un delitto contro la pubblica tranquillità in parte è attribuibile alle tradizioni della forma speciale dello scopelismo romano, descritta alla *l. 7, ff, de extraordinariis criminibus*, ed in parte alla deferenza verso i criminalisti alemanni: per cui non siasi avvertito che i caratteri speciali dello *scopelismo arabico*, e della *diffidatio germanica* erano assai differenti da quelli assunti dallo scopelismo nella pratica italiana, che lo ridusse alle più piccole proporzioni.

§. 1582.

È pure da notarsi che parecchi codici contemporanei (1) hanno mutato affatto il criterio di questa specialità. Parificando la minaccia *anonima* alla mi-

naccia *firmata*, hanno ravvisato la qualifica nella sola *scrittura*. Ciò più specialmente si è fatto da quei codici che la minaccia verbale non presero in considerazione alcuna, quando non fosse accompagnata da ordine o condizione. Indubitatamente la minaccia *scritta* ha dei caratteri di gravità maggiore della *verbale:* perchè mostra maggiore serietà e maggiore determinazione di animo in chi la scrisse, e così genera maggiore ragione di temere che vogliasi realmente eseguire. Ma se ciò può essere buono argomento per punire la minaccia scritta più della verbale, non mi sembra buona ragione per elevare la pena della minaccia scritta e firmata alla parità di quella che infliggesi alla minaccia anonima.

(1) Fra i codici contemporanei hanno ugualmente disconosciuto ogni particolare considerazione dell' *anonimo* nella minaccia, il codice Francese art. 305; il codice Napoletano art. 161; il codice Parmense art. 525; il codice Modenese art. 414, §. 1; il codice Ticinese art. 300; il codice Jonio art. 745; e il codice Austriaco che agli art. 98 e 99 non solo non distingue se la minaccia fu sottoscritta od anonima, ma neppure se fu diretta contro un individuo o contro un numero indeterminato di persone, nè se ebbe o non ebbe un fine esplicito: ma indistintamente la violenza privata, la minaccia con ordine, lo scopelismo, e la minaccia semplice riunisce sotto il titolo di violenza pubblica, per colpirla col carcere duro da sei mesi ad un anno, estensibile a cinque anni in ragione o della gravità del male minacciato o dello essere minacciato un comune o della gravità degli effetti prodotti. Così quel codice lascia non solo alla balìa dei magistrati la discriminazione dei casi nel rapporto della penalità, ma deflette eziandio (a questo luogo) dalla più vera esattezza delle nozioni. Sul qual proposito non deve dimenticarsi es-

servi un fine particolare che può fare degenerare così la violenza privata come la minaccia per una nuova speciale oggettività giuridica che loro sorga innanzi. Questo fine è quello di lucro; pel quale il delitto trapassa o in furto violento o in estorsione, trovando il suo criterio nella offesa alla proprietà, che riduce la violenza o la minaccia alla secondaria funzione di mezzo aggravante. Ciò verrà chiarito alla debita sede; e qui ne do cenno solo perchè non sempre alcuni codici contemporanei hanno con esattezza mantenuto la distinzione fra classe e classe. Quando la minaccia è destinata a servire di mezzo ad un furto, il fine delittuoso assorbisce a sè il titolo del reato per la ragione dei due diritti violati; e la offesa alla proprietà si aggrava per la concomitanza della offesa alla persona, e per la maggiore diffondibilità del danno mediato.

§. 1583.

Indifferente allo scopelismo è il *modo* con cui la minaccia anonima si eseguì. O sia che si valesse il colpevole di *lettere* anonime ove esplicitamente minacciasse un male, o di *segni* esprimenti il truce pensiero (come porre la bara alla porta, o segnarla di croce) (1) purchè siavi stato fine d' intimorire ed attitudine a ciò, si ha quanto basta per riconoscervi il delitto e per tenerlo come consumato: avvegnachè anche la minaccia sia delitto formale, per le istesse ragioni e con le medesime condizioni delle quali ho fatto cenno di sopra in proposito della violenza privata. Il timore prodotto, o non prodotto, aumenterà la quantità *naturale* (2) del malefizio: ma non dipende da ciò la consumazione del delitto.

(1) Ogni paese ha delle costumanze speciali che attribuiscono a certi segnali il concetto di una minaccia di morte. Così in alcuni luoghi della Germania inviare la effigie di un Gallo in color rosso significa minacciare morte od incendii: Alberti *jus pandectarum lib.* 47, *tit.* 11, *pag.* 819 — Textor *praxis judiciaria pars* 2, *cap.* 11, *n.* 85.

(2) Nel delitto di minaccia difficilmente possono rintracciarsi criterii che secondo il linguaggio nostro aumentino la *quantità politica* del malefizio senza aumentarne la *quantità naturale*. E la ragione per cui è così, e deve essere così, è facile a riconoscersi. La quantità *naturale* di un malefizio ha per sua norma il danno *immediato*. La sua quantità *politica* si completa mercè il danno *mediato;* laonde quando avviene che in un delitto una circostanza senza accrescere la perniciosità diretta a carico dell' offeso, conduca ad un aumento della forza morale oggettiva del malefizio perchè se ne accresce l' allarme od il malo esempio, cotesta circostanza non può dirsi che costituisca un criterio della quantità naturale del reato, perchè non ne modifica la forza fisica oggettiva. Essa dunque deve essere riferita ai criterii misuratori della quantità politica, perchè la ragione di farne un criterio misuratore sta nel riguardo al danno mediato, che è tutto politico e rappresentato da una opinione; e non nel riguardo al danno immediato o diretto, che deriva dal nesso naturale e necessario delle cose. La quantità politica pertanto subisce l' influsso suo proprio da quelle circostanze che agiscono sull' animo dei consociati, e così le circostanze che l' aumentano si rannodano tutte ad una forma d' *impressione morale*. Ora siccome nel delitto di minaccia anche il danno *immediato* si estrinseca in una impressione *morale,* cioè nel timore più o meno incusso al soggetto passivo del malefizio, così è evidente che le due impressioni morali si compenetrano nelle loro cagioni; e che perciò quelle circostanze che aumentano il danno mediato devono avere per necessità aumentato anche il danno immediato, rendendo più grave e veemente il timore dell' offeso, che in questo delitto

ne rappresenta la forza fisica oggettiva. È chiaro pertanto che in questo ed in qualche altro malefizio consimile non può separarsi la serie dei criterii misuratori della sua quantità *politica*, dalla serie dei criterii misuratori della sua quantità *naturale*. Questo è un risultato pressochè costante di tutti quei reati nei quali il danno *immediato* (o diretto, o fisico, come altri lo chiamano) non si estrinseca in una semplice sensazione fisica (udito o vista) ma in una commozione morale che nell'animo dell'offeso consegue alla sensazione fisica.

§. 1584.

Già sappiamo (§. 357 e 378) che la minaccia verbale non ammette tentativo. La scritta può ammetterlo quando la lettera minacciosa sia smarrita per via. Ma *quid juris* se la lettera minacciosa fu scritta e non le fu dato corso? Il Carpzovio (*jurisprud. pars 4, const. 14, def. 4; et pract. crim. pars 1, quaest. 37, n. 19*) sembrò opinare per la punibilità di questo fatto quantunque la consumazione del delitto mediante la emissione della lettera non fosse poi susseguita. Certamente se si suppone consumato da altri il delitto con la emissione della lettera, colui che scientemente la scrisse dovrà tenersi come complice; ma quando la emissione non sia avvenuta può seriamente dubitarsi che lo scrivere la lettera non costituisca che un atto preparatorio e perciò non possa punirsi neppure come tentativo. Vale a mio parere in questa ipotesi ciò che troveremo essersi adottato come regola in tema d'ingiuria scritta. La intenzione criminosa (la quale consiste nella determinazione di emettere lo scritto o minaccioso o diffamatorio) non può dirsi bastantemente *univoca*, bastantemente assodata finchè si

resta nella semplice sfera della preparazione della lettera, la quale in sostanza non è altro che l'*arme* che in seguito vorrà lanciarsi contro il nemico. Ma questo *vorrà* è sempre una ipotesi avvenire: è la previsione di una determinazione futura tutta diversa dalla determinazione attuale. Il momento in quella non è ancor giunto: questa in sè non estrinseca ancora la violazione del diritto al quale s'indirizza la offesa. Dunque anche condotta a termine in tutta la sua linea la determinazione di scrivere una lettera minacciosa (per darle poi corso) questa determinazione non è che la determinazione di preparare gli stromenti per aggredire un diritto: ma il diritto non è ancora aggredito nè con la determinazione interna, nè con la esecuzione di ciò che si è fatto.

§. 1585.

Più disputabile è la soluzione del quesito ulteriore relativo a discernere in questo reato il tentativo dal *delitto mancato*. Facilissima è l'applicazione della nostra formula generale (§. 393 e segg.) sulla distinzione fra conato *remoto*, e conato *prossimo*. Tenuto fermo che lo scrivere la lettera minacciosa non sia che un atto preparatorio, il conato comincia con la emissione. Finchè la lettera viaggia si ha un conato *remoto*: quando giunge in mano di colui al quale è destinata ad incutere timore il conato è *prossimo*: finqui tutto è piano. Ma la figura del delitto mancato è dessa possibile nella minaccia scritta? E se lo è, dove la troveremo? L'uomo che ha ricevuto la lettera l'ha in mano, e sta per leggerla. Arrestato ogni progresso ulteriore del fat-

to si dirà egli che il delitto è mancato? Per noi no, perchè il delitto mancato deve essere un delitto consumato *soggettivamente*. Dunque tutti gli atti occorrenti alla lesione del diritto debbono essere materialmente eseguiti, e solo per un fortuito deve esser mancata la consumazione oggettiva; cioè la reale offesa del diritto. La lettera in mano di colui che vuolsi intimorire (anche aperta, anche già sotto gli occhi suoi) non rappresenta l' ultimo atto consumativo, come non lo rappresenta la minestra avvelenata che sta innanzi alla vittima. Questa potrebbe starle innanzi per tutta la vita, come per tutta la vita potrebbe stare innanzi al minacciato la lettera minacciosa; senza che per tale presenza avvenisse mai conseguenza letale nel primo, nè conseguenza di paura nel secondo. Perchè io muoja di veleno bisogna che ingoi quella minestra; perchè io mi spaventi bisogna che legga quella lettera. Queste idee sono chiarissime tostochè si ricordi che in moltissimi reati il terzo, o la vittima stessa, sono strumenti necessari alla consumazione del reato, strumenti che agiscono per conto e volontà del colpevole a compire secondo l' impulso suo la opera scellerata. Laonde come a tutta ragione l' atto consumativo benchè eseguito da un terzo o dalla stessa vittima si considera come fatto del colpevole e si pone a tutta sua responsabilità, così vuole giustizia che ciò che dalla vittima o dal terzo non fu ancor fatto si sottragga dalla forza fisica soggettiva del malefizio per minorarne la responsabilità, per la intuitiva ragione che il delitto non fu ancora soggettivamente consumato.

Nel quesito proposto bisogna dunque decidere la questione *se la intimidazione effettiva del minacciato sia* o *no condizione essenziale della consumazione del delitto di minaccia.* Noi pensiamo che non lo sia; e perciò crediamo che il delitto mancato non abbia ipotesi possibile in questo maleficio. Ma se si pensasse diversamente allora la genuina e netta figura del delitto mancato si avrebbe quando il minacciato udì per intero, o per intero lesse il concetto minaccioso, e pur non ostante niente se ne intimorì. Allora (ed allora soltanto) potrebbe con verità dirsi che il delitto fu consumato soggettivamente, ma oggettivamente mancò, perchè la intrepida impassibilità del minacciato fu il fortuito imprevisto dallo agente, e indipendente dal suo modo di agire, per cui la lesione del diritto (perturbazione della tranquillità dell' animo) non avvenne quantunque tutte le materialità dirette a produrla, ed abili a produrla fossero esaurite.

§. 1586.

In proposito della complicità può nascere la importante questione relativa a definire il reparto della imputazione nel caso che uno abbia scritto la lettera minacciosa, ed un altro l' abbia portata al destino: può cercarsi cioè se l' *autore* del delitto sia colui che scrisse, o colui che dette corso allo scritto. Per i principii della scienza questo delitto non *si consuma* col solo fatto dello scrivere; laonde lo scrittore non sarebbe che un complice. Tale opinione sembra accolta senza contrasto anche nella pratica (1). E fintantochè si studia questo problema sotto

il vero punto di vista della contemplazione della *forza fisica,* io credo che veramente contro l' autore dello scritto non possa dirigersi una imputazione che vada oltre a quella dell' *ausilio:* chi prepara lo scritto è in tutto analogo a chi prepara il veleno. Laonde nozionalmente così l' uno come l' altro non possono dirsi (almeno nel linguaggio nostro) nè autori, nè coautori del malefizio. Ma quando alla contemplazione della forza fisica si aggiunge la contemplazione della forza morale, allora (rispettata la esattezza ontologica in quanto ai nomi) si può sempre ammettere che la imputazione contro chi scrisse la lettera si elevi in grado pari a quella di chi la portò, quando nel primo si trovi la prima causa morale del delitto *(motore, mandante)* senza del quale il delitto non sarebbe per modo alcuno avvenuto.

(1) Tale almeno era la puntuale disposizione della Costituzione elettorale sassonica *pars 4, constit.* 14: vedasi Carpzovio *ibi, def. 4 et* 5.

§. 1587.

Nel diritto comune le minacce semplici erano di *azione privata:* lo scopelismo sempre di *azione pubblica.* Il codice penale Toscano ha dichiarato indistintamente perseguitabile a pubblica azione tutte le minacce, e le ha punite con la carcere fino ad un anno all' art. 362; collocando con tutta esattezza scientifica questo reato nella classe dei delitti contro la *libertà personale* e la *privata tranquillità.*

§. 1588.

Il codice Toscano non ha accettato la opinione di altri legislatori antichi e moderni ai quali parve non convenire l' esercizio del magistero di repressione contro le minacce verbali, e doversi invece rilasciare ai provvedimenti (1) economici, quali possono essere l' obbligo di una cauzione, e la vigilanza della polizia. Ma il nostro codice non è tanto severo quanto sembra là dove implicitamente risolve una importante questione; poichè la distinzione tra dolo d' impeto e dolo di proposito non ha valutato soltanto come criterio misuratore della quantità politica di questo malefizio; ma del dolo di proposito ha fatto un requisito *essenziale* della sua politica imputabilità. Già notai di sopra (nota a §. 1578) come Puccioni e Giuliani insegnassero non essere politicamente imputabili le minacce proferite nell' impeto della collera, doversi considerare queste come mere jattanze che possono dar luogo soltanto a misure di polizia ma non punirsi come delitti, perchè incapaci a turbare la quiete di un uomo ragionevole; e come la Corte di Cassazione col decreto degli 11 febbraio 1854 adottasse questa teoria, proclamando la impunibilità della minaccia nell' impeto. Ed ebbesi a ciò buona ragione in faccia ai principii della scienza: e si ebbe buonissima in faccia alle speciali disposizioni del nostro codice; il quale se si fosse diversamente interpetrato avrebbe segnato l' assurdo che chi aveva minacciato di dare un pugno si punisse più severamente di chi lo aveva di fatto ammenato; e che

mentre quello s' inviava alla giurisdizione del pretore, il fatto di questo fosse riservato alla superiore competenza. Della minaccia *anonima* (o scopelismo) il codice Toscano non ha fatto particolare previsione, abbandonando per tal guisa le tradizioni di venti secoli. Spetterà alla prudenza del magistrato in faccia alla unificazione legislativa delle due specie, usare dell' arbitrio suo tenendo calcolo di cotesto criterio nella irrogazione del carcere da un giorno ad un anno che gli ha posto in mano l' art. 362. Lo che porta alla conseguenza che il massimo di quella pena non dovrebbe mai infliggersi per una minaccia alla quale mancasse la circostanza aggravante dell' *anonimo,* e molto meno contro una minaccia nella quale mancasse la circostanza della scrittura.

(1) Un provvedimento singolarissimo è quello che leggesi nell' art. 176 della Carolina; dove imponendosi a chi abbia minacciato altri di patire la carcere fino a che non abbia dato cauzione di non offendere il minacciato, si dichiara che durante tale carcerazione sia a carico del minacciato di provvedere agli alimenti del minacciante. E pure era così! Ma è vero però che lo stesso articolo prevedendo che l' accusatore potesse essere miserabile non meno dell' accusato, ordinava che questo in simil caso si alimentasse a spese pubbliche.

§. 1589.

Il codice Sardo non ha neppur esso tenuto conto della distinzione fra minaccia *palese* e minaccia *anonima,* e abbandonato affatto cotesto criterio della vecchia scuola, ha preso ad imprestito dal codice Francese la distinzione di minaccia *senza ordine* e

di minaccia *con ordine*, che per noi altro non è tranne una forma di violenza privata: ed ha tenuto pur conto della distinzione fra minaccia *verbale* e minaccia *scritta*. Combinando insieme gli articoli 431 e 432 di quel codice se ne deduce — 1.° che la minaccia *verbale* e scompagnata da *ordine* non è menomamente punita, almeno come minaccia — 2.° che la minaccia verbale *con ordine* (od anche senza ordine ma con (1) *armi)* è punita col carcere da tre mesi a due anni e con multa fino a cinquecento lire — 3.° che con la istessa pena è punita la minaccia *scritta;* sia dessa anonima oppure firmata con proprio o con finto nome — 4.° che la minaccia *scritta* e con *ordine* è punita del carcere non minore di tre anni, oltre ad una multa estensibile a lire mille, ancorchè firmata col vero nome del colpevole.

Per tal guisa la distinzione fra minaccia *anonima (simbolica* od *espressa)* e minaccia *palese*, che negli antichi tempi esercitò un influsso capitale su questo reato, e che quantunque mitigata nella sua importanza perseverò fino ai dì nostri ad essere valutata nelle scuole e nel foro, si è generalmente derelitta dai codici contemporanei per far luogo alle altre differenziali (2) che siamo venuti segnalando.

(1) Una singolare ed inattesa questione vidi sorgermi innanzi il 5 decembre 1865 alla Corte di Assise di Massa. A difesa di un omicida confesso io proponeva ai giurati la questione se constasse che egli avesse agito al seguito di *provocazione derivante da minaccia a mano armata;* e negandosi di accettare la questione proposta dalla difesa, ne elevai incidente. La Corte emise decreto che dichiarò non

proponibile la mia questione, perchè domandare ai giurati se constava di provocazione per *minaccia a mano armata* era una QUESTIONE DI DIRITTO che la legge vieta di proporre ai giurati, e propose invece la sola questione se *constasse di provocazione;* la quale per conseguenza venne a dichiararsi *questione di fatto.*

(2) Non è di alcuna importanza, nè per gli odierni codici nè per i principii della scienza, che la minaccia verbale sia stata emessa direttamente in presenza del minacciato, o comunicando con altri fuori della sua presenza: come pure niente si modifica per la circostanza che il male anzichè minacciarsi a noi si minacci a persone a noi care. Cose ovvie sono queste, e che neppur meritano di essere notate. La differenziale invece che nel mutamento della dottrina è venuta acquistando importanza pratica è quella fra minaccia verbale e minaccia scritta. E per una singolare combinazione si è renduta insignificante la nozione distinta della minaccia *reale;* la quale fluttua oggidì fra la minaccia verbale e la minaccia scritta. Qui nasce il bisogno di stabilire un criterio per sapere quando la minaccia *reale* debba equipararsi alla verbale e quando alla scritta; nè io saprei trovare altrove cotesto criterio tranne nella presenza o non presenza del minacciato. Il segno materiale esprimente il pensiero se è posto in essere alla presenza del minacciato equivale evidentemente alla parola: se è posto in essere nell' assenza del minacciato equivale alla scrittura. La parola è destinata a comunicare il pensiero ai presenti; lo scritto è destinato a comunicarlo agli assenti: un segno materiale scelto per comunicare il pensiero bisogna naturalmente che si coordini ad una od all' altra di coteste condizioni.

CAPITOLO IV.

Istigazione a delinquere.

§. 1590.

Quando la *istigazione a delinquere* fu susseguita per parte dell' istigato dalla consumazione del delitto al quale la istigazione tendeva, o da un principio di esecuzione del medesimo, si sviluppa nello istigatore la figura giuridica di un partecipe nel delitto principale, o nel suo tentativo; e sulla norma di tale risultamento si misura la imputazione dello istigatore o in ragione di mandato o in ragione di consiglio: e sempre sul criterio proporzionale della influenza, secondo quello che fu già esposto antecedentemente (§. 460 e segg.) e nella *teorica della complicità (pag. 164 e segg.)*. In questa ipotesi non può dunque trovarsi una figura speciale di criminosità, dipendendo sempre il titolo del delitto dal fatto principale eseguito o incominciato ad eseguire. Ma la malvagia istigazione, quantunque accolta dallo istigato, può non avere ottenuto ancora per parte di questo il suo principio di esecuzione; ed allora tutto si stringe in una consociazione particolare a delinquere, della quale, per mancanza delle condizioni ontologiche del tentativo (quando si voglia punire) è necessario che facciasi un titolo di reato di per sè stante. Può inoltre accadere che l' istigato o per onestà o per timore non accetti l' ordine, o non aderisca al consiglio delittuoso; ed allora tutta la criminosità che restrin-

gesi nello istigatore senza partecipazione dell' istigato, si estrinseca in quella forma speciale di maleficio che i criminalisti chiamarono *provocazione a delinquere* (1) o più esattamente *istigazione non accolta*. Può ancora avvenire che la istigazione sia stata accolta dallo istigato, ma questi siasi immediatamente pentito prima di cominciare alcun atto di esecuzione; ed allora il titolo fluttua fra la *istigazione accolta*, e la istigazione *non accolta* alla quale più veramente si assimila, perchè la spontanea mutazione dell' istigato dà ragione di presumere che il suo assenso non fosse serio e determinato; laonde il titolo di *associazione criminosa* viene a rendersi assai problematico.

(1) La *istigazione a delinquere:* si chiama ancora da molti *provocazione a delinquere:* ed anzi trovasi negli scrittori e nei codici prediletta più spesso questa seconda formula alla prima. Ma come esattamente osserva l' esimio mio collega professor Tolomei (*diritto penale, Padova* 1863, *pag.* 191) la formula *provocazione a delinquere* serve nell' uso comune ad indicare eziandio quell' eccitamento al delitto che proviene dal fatto ingiusto della stessa vittima. Perciò è da preferirsi come più esatta e più speciale la formula istigazione a delinquere, se non si vuol dire *tentata seduzione* al delitto.

§. 1591.

La istigazione, accolta o non accolta, si volle da taluno considerare come tentativo, e parificarsi al medesimo. Ma questo fu un errore gravissimo censurato come tale da tutti i buoni criminalisti, poichè del tentativo manca in cotesto caso l' elemento materiale; mai potendo in verità asseverarsi che chi

provoca altri ad offendere la legge, o per utile di lui o per vantaggio proprio, ponga in essere *un cominciamento di esecuzione* della offesa che vorrebbe vedere compita, per quanto le circostanze sieno tali che costringano a riconoscere in lui una siffatta intenzione. Col proporre ad altri di uccidere un nostro nemico, ed anche promettergli un premio, non si è ancora posto in essere verun atto che incominci e neppure prepari la desiderata uccisione. Ciò non può dirsi neppure allorquando l' istigato aderisca al progetto se atti ulteriori non fece, e molto meno quando non si abbia che una mera proposizione respinta dallo istigato (1). È un vero assurdo supporre cominciata la esecuzione di un delitto quando in chi doveva esserne l' esecutore non è nata ancora la volontà di commetterlo. Non potendo dunque perseguitarsi senza assurdo la istigazione non accolta o quella accolta ma non susseguita da principio di esecuzione nè come tentativo, nè come complicità, è evidente che della medesima in quei casi nei quali la si creda meritevole di criminale persecuzione bisogna farne un titolo speciale di malefizio.

(1) Rossi (*traité de droit pénal, Bruxelles, lib.* 2, *chap.* 27, *pag.* 320 *et* 321) sostenne in modo assoluto la non punibilità della istigazione a delinquere, ma con ragioni poco concludenti. Onde riuscì facile a Chaveau et Helie (*théorie du code pénal vol.* 1, *chap.* 17, §. 1, *pag.* 265, *a* 267) di farne la confutazione. Jonge (*de delictis contra rempublicam vol.* 2, *pag.* 374) spinse l' aberramento fino a ravvisarvi un delitto mancato, perchè l' istigatore *aveva fatto tutto quello che dipendeva da lui* per ottenere la consumazione del delitto: e di fatto se questa fosse la definizione da darsi al delitto mancato bisognerebbe venire a

cotesta singolare conseguenza. L'illustre Berner nella sua *teorica criminale*, al titolo della complicità (§. 110 *nota* 2, come già nel suo *Trattato della complicità pag.* 292, *e* 308, e nei *principj fondamentali p.* 30) ha novellamente dato il suggello della sua autorità alla dottrina che già da lungo tempo si è accettata senza contrasto dalla scuola napoletana e toscana, concludendo che punire come tentativo la istigazione a delinquere non accolta, involve contradizione. Identica opinione si sostiene da Geyer *in Holtzendorff's Handbuch lib.* 2, *parte* 10, §. 11, *pag.* 544 *e segg.* e nella *Enciclopedia di* Holtzendorff *Das Strafrechts I, p. gen. pag.* 681, dove riduce sinteticamente le ragioni che la sostengono alla formula che *una semplice estrinsecazione del dolo non è ancora* UNA AZIONE. E già per la opinione stessa si erano in sostanza pronunziati Gengler *Vergiftung II, p.* 380, *n.* 39 — Briedenbach *Comm. I, lib.* 2, *sez. p.* 365 *e seg.* — F. Rosshirt *N. A.* 1852, *p.* 378 — Bremer *N. A.* 1853 *p.* 85 — Temme *Preuss. strafr. p.* 341 *e seg.* — Goltdammer *Mater. I, p.* 309. *Arch. III p.* 380 — John *Entwurf mit Motiven ec.* 1868, *p.* 248 — Schütze *Lehrb. p.* 152 — Schwarze *Comm. p.* 189 *e segg.* Devesi però avvertire intorno a ciò che la questione presenta diverso aspetto quando si proponga nel tema di istigazione ad un delitto *naturale* (omicidio, furto, stupro) nei quali termini la idea del tentativo tocca il ridicolo: ed ha diverso aspetto quando si proponga nel tema di certi delitti *sociali*. Nella congiura può dirsi che chi invita altri a cospirare incomincia la esecuzione; e nel tumulto quando la istigazione sia fatta in pubblico o ad una riunione di persone, può dirsi che il provocatore già incomincia quanto a sè a tumultuare. Ciò nondimeno anche in questa seconda ipotesi è più esatto ravvisarvi un delitto *sui generis* anzichè punirlo come tentativo; salvo a farne una figura speciale per assegnarle più grave pena nei casi più prominenti di istigazione a delitto sociale, come ha praticato il codice Toscano in ordine a diverse fattispecie che troveremo (§. 2752 e segg.) alla debita sede.

§. 1592.

Ma dove si porrà egli la oggettività di cotesto reato? Da ciò dipende la determinazione della sua classe, e da ciò ancora la definizione dei suoi caratteri. Certamente la giuridica oggettività di questo maleficio non può trovarsi nel diritto a ledere il quale s'indirizzava la istigazione: questo metodo porterebbe a fare altrettanti titoli di istigazione quanti sono i titoli speciali di maleficio, e sarebbe d'altronde repugnante ai principii, perchè il diritto ad offesa del quale dirigevasi la istigazione non è stato ancora leso. Alcuni scrittori ed alcuni codici contemporanei collocarono questa forma criminosa fra i reati contro la *pubblica tranquillità* (1): ma ripeterò a questo luogo ciò che ho detto di sopra (§. 1574) in proposito delle minacce; la tranquillità pubblica è offesa in tutti quanti i delitti per virtù del danno mediato, e sotto questo punto di vista tutti i reati non formerebbero che una sola famiglia: ma la classazione dei malefizi dovendo costruirsi sul criterio del danno immediato, non è concepibile che possa dirsi *direttamente* attaccata la *tranquillità pubblica* per una istigazione diretta a far commettere un furto, od altro simile, a danno di persona privata. Furono esatti nella collocazione in cotesta classe quei legislatori i qnali, rejetta la severa opinione della punibilità di ogni e qualunque istigazione a delinquere, la vollero unicamente colpita in quei casi nei quali la medesima si dirigeva ad un delitto politico, lasciandone la cognizione alla potestà economica negli altri casi. Potè in tale con-

cetto trovarsi logico che la provocazione alla resistenza, alla sedizione, alla perduellione, si contemplassero come delitto contro la pubblica tranquillità, come le pubbliche violenze. Ma dove indistintamente si voglia punita la istigazione a delinquere, benchè diretta alla offesa di privato, la provocazione a delitto politico costituisce una specialità nella specie; e quella ha bisogno di altrettante distinte nozioni quante sono le sue forme particolari che si raggruppano intorno alle respettive figure principali; perchè in siffatte ipotesi il diritto universale attaccato col delitto principale può dirsi già leso col solo incitamento o con la sola consociazione, in cui nei congrui termini già in certo modo si estrinseca un principio di esecuzione del principale reato, siccome meglio verremo spiegando al suo debito luogo.

(1) Sta bene che questo reato pongasi nella classe dei delitti contro la pubblica tranquillità quando si contempla soltanto sotto certe sue forme che attaccano un diritto universale: come per esempio nel codice Austriaco (§. 65) quando si prevedono discorsi fatti in pubblico o scritti divulgati contro la persona dell' Imperatore: oppure (§. 279) eccitamenti a resistere all' autorità; o simili. Tale è pure il concetto del Codice Penale Francese. Questo non contempla come delitto sotto un punto di vista generale la istigazione a delinquere; come vedremo a §. 1596. E limitatane la punibilità ai soli casi di eccitamento a reati politici poteva senza errore ravvisarsi nella medesima un fatto *accessorio* al delitto principale, ossia una forma speciale di reato politico. Ma in grave errore caddero i successivi scrittori Francesi quando generalizzando quella specialità pretesero come dottrina scientifica insegnare il concetto assurdo e ridicolo che la istigazione non accolta fosse un fatto di *complicità*. È parimente una

specialità la legge Francese del 17 e 18 maggio 1819 che contempla la provocazione ai delitti eseguita con certe forme solenni di pubblicità per eccitare non alcuni determinati individui soltanto, ma la massa del popolo ad atti contrari alla legge. Secondo il metodo nostro tali fatti rientrerebbero nelle violenze pubbliche, e potrebbero anche dirsi tentativi di pubblica violenza: ma niente hanno che fare con la figura che al presente luogo descrivesi, nè con la categoria dei delitti naturali. E questo mi sembra essere il concetto al quale s' ispira il Codice dello Impero Tedesco ai §§. 85, 110, 111 dove alla punibilità della istigazione richiede come estremo la pubblicità. In proposito delle specialità delle istigazioni a delinquere contro la repubblica è da vedersi Jonge *de delictis contra Rempublicam vol. 2, pag.* 368.

§. 1593.

Il titolo d' *istigazione* (1) accolta o non accolta, vuol essere dunque collocato nella classe dei reati contro la *tranquillità privata*, ossia contro la *libertà individuale;* lo che nel nostro modo di vedere torna all' istesso finchè trattasi di coazione interna, perchè non si può esser tranquilli se non si sente di essere liberi, nè ci possiamo dir liberi se non abbiamo la quiete dell' animo. L' uomo che viene a sapere come un suo nemico abbia cercato, quantunque invano, dei sicarii per farlo assassinare, si agita inevitabilmente in uno stato di maggiore o minore trepidazione, pensando che la prova tentata invano la prima volta possa riuscire fruttuosa ad un secondo esperimento, e trovarsi un infame che accetti il prezzo del sangue. In questo stato di animo non si configura soltanto la previsione di un rinnovamento del fatto criminoso, lo che resterebbe nella sfera del

danno mediato: nel solo fatto già consumato vi è realmente un danno immediato presente e compiuto pel turbamento di animo della vittima designata la quale per cagione di cotesto si porrà sulle difese, se ne starà in un prudente sospetto, ne avrà i sonni interrotti, si asterrà per cautela dall' uscire notturnamente, dallo andare solo o per luoghi solitari: e così ne sarà avvenuta direttamente una restrizione non solo all' interna, ma ben anco alla esterna sua libertà. Fuori di questo punto di vista io non saprei trovare in altro la oggettività giuridica della istigazione non accolta che valesse a farne un genere di malefizi. Uguali osservazioni ricorrono nello analogo caso della istigazione che sia stata accolta dall' istigato, ma non susseguita da alcun atto di esecuzione, o perchè l' istigato siasi pentito, o perchè la trama sia stata tempestivamente scoperta. Anche qui manca l' elemento materiale per riconoscervi un tentativo punibile; anche qui non può trovarsi la oggettività della istigazione nel diritto che il malefizio voluto avrebbe violato, meno quando trattisi di certi speciali reati, come (a modo di esempio) la congiura, la esecuzione della quale consiste nel solo accordo dei voleri accompagnato da certe condizioni, ed altri simili casi eccezionali.

(1) Bibliografia — Martini *praxis crim. pag.* 26 — Gomez *variar. resolut. lib.* 3, *cap.* 3, *n.* 41 — Natta *cons.* 422, *n.* 8 — Grammatico *decis.* 38, *n.* 3 — Bossio *tit. de delict. n.* 48 — Bajardo ad Clarum *lib.* 5, §. *fin. quaest.* 89, *n.* 7 — Lauterbach *disput.* 139, *thes.* 9, *n.* 4 — Carpzovio *praxis crim. pars* 1, *quaest.* 4, *n.* 28 — Farinaccio *quaest.* 129, *n.* 82 — Care-

rio *practica crim. pag.* 148 — Caravita *instit. crim. vol.* 2, *lib.* 4, *cap.* 14 *in princ.* — Alphani *jur. crim. lib.* 2, *pag.* 466 — Cremani *de jure crim. lib.* 2, *cap.* 5, *art.* 4, §. 4 — Renazzi *elem. jur. crim. lib.* 1, *cap.* 9, §. 3 — Nani *princ. di giurisprud. crim.* §. 139 — Carmignani §. 252 — Giuliani *istituzioni di dir. crim. vol.* 1, *pag.* 204 *e* 209 — Ortiz de Zuniga *practica general forense tom.* 2, *pag.* 432 — Pacheco *el codigo pénal concordado y comentado tomo* 1, *pag.* 99.

§. 1594.

La figura che spontanea sorge in questa seconda ipotesi è quella dell'*associazione criminosa*, la quale se non si vuole punita per misura generale, ma soltanto quando è diretta a certi speciali delitti, dovrà considerarsi come una particolare forma di *preordinazione* al delitto. E questa (appunto per la mancanza di principio di esecuzione esteriore) non potendo tenersi come colpita dalle disposizioni generali sul cônato, dovrà dal legislatore che la volle punita designarsi specialmente, quasi considerandola come un *tentativo improprio*. È sotto questo punto di vista che la maggior parte dei codici contemporanei rettamente collocano nella classe dei delitti *contro la proprietà* le associazioni di malfattori dirette a commettere furti, perchè appunto specializzato così il fine che deve avere l'associazione onde sia colpita dalla pena, ne viene per conseguenza che essa possa considerarsi come un *atto preparatorio* eccezionalmente punito, che è quanto dire come un *tentativo improprio* di quel delitto. Ma quando, a qualsisia delitto essa tenda, si vuole contem-

plare la istigazione (accolta o non accolta) sotto un punto di vista generale, non può per modo alcuno definirsene la oggettività (e per conseguenza la classe) subordinatamente al delitto voluto, quantunque debba misurarsene la repressione secondo la generica contemplazione della pena che a quello sarebbe inflitta. Allora dovendo questo titolo *sui generis* riferirsi ad una classe, non può trovarla altrove che in quella dei delitti contro la tranquillità privata. E infatti il diritto che si sarebbe leso col delitto principale non è anche attaccato: il diritto che si è leso con l'istigare o con lo associarsi non è nè la vita, nè la integrità personale, nè la pudicizia, o simili: è unicamente la libertà o tranquillità dell'individuo; la quale realmente viene a menomarsi nella istigazione accolta per le identiche ragioni per le quali si menoma nella non accolta. Sapere che altri non solo nutre nell'animo il desiderio di ucciderci, ma che inoltre ha già tentato prezzolare un sicario, ci fa tremare, e più ci fa tremare il sapere che già ha prezzolato il sicario. Ma quando la esecuzione dell'omicidio non è ancora incominciata, il diritto leso non è quello alla vita; è soltanto quello alla tranquillità. La personalità esteriore non si è ancora cominciata ad offendere: la offesa alla personalità interiore è compiuta. È un delitto consumato contro la libertà individuale (1).

(1) Una speciale ipotesi, già configurata da Glaser, si prende in esame da Geyer in *Holtzendorff's Handbuch lib.* **2**, *parte* **10**, **§. 13**, *p.* **349** *e seg.* È il caso dei così detti *agenti provocatori*. L'*agente provocatore* è colui che istiga

altri a commettere un delitto non perchè egli abbia interesse nella consumazione di quel delitto, o nimistà contro la vittima designata; ma perchè invece ha interesse che il delitto o si *commetta* o si *tenti* al fine che ne avvenga male *allo stesso istigato*. E ciò può procedere da due diversi impulsi. O il provocatore trova lo interesse nel *premio* che spera dal governo col denunziare il delitto da commettersi e far sorprendere in flagrante lo attentatore: o trova il suo interesse nel far cadere sotto una pena lo istigato, sia con lo amministrare i suoi beni o godersene la moglie durante la carcerazione di lui, sia col lucrarne la successione se istigò un congiunto a reato punito di morte. Nella specialità di tali impulsi (che in fin dei conti si riassume nel concetto che l'istigatore non ha interesse diretto nella consumazione del delitto) trovano gli alemanni una anomalia sufficiente per meritare se ne faccia una figura distinta di malefizio. Se la esecuzione o il tentativo avvennero, io peraltro non veggo in simile ipotesi bastante ragione per deflettere dalle regole generali della complicità; come non ne veggo per deflettere dalle regole generali della istigazione a delinquere, quando (sia dessa accettata o no) verun atto di esecuzione le tenne dietro. Soltanto vedrei questionabile fino a qual punto possa essere responsabile l'agente provocatore quando un iniquo governo ne abbia fatto strumento ai suoi fini. E qui si rientra nella teorica generale del comando. La ragione di dubitare dagli alemanni si trovò nella specialità del *dolus*, perchè non volendosi dallo agente provocatore la consumazione del delitto *materiale* (che io fossi derubato) ma soltanto la consumazione del delitto formale (che colui tentasse di rubarmi) riconoscono in ciò una differenziale del dolo. Vedasi Tolomei *Diritto penale* 2.ª *ediz*. 1866 *pag*. 282, e l'*Eco dei Tribunali n*. 718, *e n*. 755.

§. 1595.

Fra le difficoltà di questo collocamento trovossi impacciato anche il dotto compilatore del codice

Toscano: ed esitando sulla scelta si appigliò al partito che era forse il peggiore di tutti; e pose il reato di *istigazione a delinquere* (accolta o non accolta) e la sua penalità nella parte generale del codice, al titolo *del concorso di più partecipanti allo stesso delitto o dei fautori del delitto altrui.* Ciò fu un vero spostamento sotto tutti gli aspetti — 1.° la istigazione non accolta non è un caso di *concorso*, mentre il delinquente è uno solo — 2.° l' istigatore non è un fautore del delitto altrui, quando l' istigato non commette delitto ma fa opera virtuosa respingendo la proposta — 3.° molto meno poteva darsi a siffatto collocamento il legislatore toscano quando non voleva in modo alcuno punire nell' istigato l' accettazione della proposta: ciò valea l' istesso che noverare fra le complicità un caso di non complicità — 4.° è repugnante ad un buon metodo che la definizione di un delitto speciale e la determinazione della sua penalità si ponga nella parte generale. Che se al compilatore del nostro codice piaceva di contemplare questo caso nella parte generale come previsione referibile a tutti i malefizi indistintamente, la sua sede non era per certo quella della complicità e del concorso quando voleva farsene un caso di non concorso. Meglio valeva affrontare la questione nella sua radice, e definire il fatto secondo il sommo principio al quale risaliva il concetto della punibilità. Ciò avrebbe portato alla sede del *tentativo,* poichè niente altro è la istigazione accolta o non accolta se non un tentativo *improprio.* Per i principii generali della scienza le *preordinazioni al delitto* e gli *atti preparatorii* non costituiscono tentativo punibile per mancanza di

univocità e di sufficiente elemento materiale. Per i principii generali della scienza la manifestazione di sinistre intenzioni non costituisce per regola generale delitto. Ma la manifestazione consistente nello eccitare altri a delinquere o nello accordarsi, presenta qualche cosa di più che un mero atto preparatorio per la univocità del pravo fine. Si vuole per queste ragioni punito? Ebbene si vada direttamente alla espressione del concetto. È una forma impropria di tentativo, e niente altro. Ma questa idea del tentativo improprio era nuova: non se ne trovavano antecedenti in nessun codice alemanno, nè in altri: e il legislatore toscano poichè alla materia dei partecipi avea parlato dell' istigatore vi innestò il caso del delitto non accaduto, ossia del *delinquente senza partecipe*. A me sembra però che senza far deroghe alla teorica del conato, e senza offendere il metodo col tassare pene nella parte generale, si potesse collocare questo fatto come un delitto *sui generis* nella classe dei reati contro la libertà individuale. Lo che era tanto più facile a farsi nel codice Toscano dove la maggior parte delle istigazioni dirette a delitti sociali formavano oggetto di particolari provvedimenti

§. 1596.

Detto ciò per dare ragione dell' ordine mio, dalle stesse osservazioni che ho fatto nasce spontanea la domanda se veramente sia coerente ai buoni principii lasciare affatto impunito lo istigato che accettò la proposta criminosa. Ciò non offre difficoltà quando l' istigato stesso siasi pentito, o volontariamente

abbia tralasciato di fare atti di esecuzione. Il dubbio nasce quando egli sia stato impedito dallo eseguire il delitto perchè siasi scoperta la trama; nel qual caso indipendentemente da verun merito proprio lucrerebbe la mercede che avesse ricevuto, senza incontrare molestia. Il codice Francese del 1810 non colpiva per misura generale la istigazione a delinquere, eccettuato il solo caso in cui essa fosse diretta (art. 90) a certi delitti contro lo stato, o ad un complotto relativo a tali delitti. Rogron ed altri commentatori francesi sull' art. 90, dicono che qualora la proposizione fosse stata accettata ma non fossero ancora concertati e concordati i mezzi della esecuzione, lo che è necessario alla consumazione (art. 89) del delitto di *congiura (complot)*, in tal caso il proponente cadrebbe sotto le pene dell' art. 90, e l' accettante dovrebbe punirsi a forma dell' art. 59 come complice. Questa osservazione che io faccio non prende di mira una specialità del codice di Francia; ma mi apre la via alla questione generale sulla ammissibilità o non ammissibilità nel delitto di istigazione dei principii generali sulla responsabilità dei partecipi. Io non so come i commentatori francesi abbiano potuto trarre sotto un articolo che prevede la *proposition faite et non agrée* una proposizione *accettata*. Ma ciò non mi riguarda.

§. 1597.

Certo mi pare che uguale teorica non potrebbe adattarsi al nostro art. 53. È vero che al Mori *(teorica pag. 82)* piacque nè più nè meno di spingere cosi oltre la opinione francese da asserire che

in faccia al codice Toscano l' istigato che aveva aderito a lasciarsi istigare doveva considerarsi come *coautore*, e come tale punirsi a senso dell' art. 51: ed è vero che in punto astratto di scienza piacque al Carmignani (*teorica delle leggi sociali lib. 2, cap. 18, §. 2*) di sostenere che ravvisato una volta nel mandato a delinquere un delitto *sui generis* la logica imponeva che si considerassero come correi di questo maleficio tanto il mandante quanto il mandatario. Ma alla opinione del Carmignani si contrapone lo insegnamento positivamente contrario del Cremani (*de jur. crimin. lib. 2, cap. 5, art. 4, n. 6*) del De Simoni (*delitti di mero affetto part. 2, cap. 5*) del Roberti (*corso di diritto criminale part. 1, tit. 2, cap. 5, sez. 2*) e di altri pubblicisti, e delle concordi osservanze giudiciali toscane: e contro la opinione del Mori sta quella dell' insigne Puccioni (*commentario vol. 2, pag. 142*) che solidamente confutò tale errore. Ma guardata la questione in faccia al codice Toscano a me pare che l' errore del Mori e la non punibilità dello istigato, si dimostrino anche con un argomento speciale di ermeneutica desunto dalla lettera stessa di quello statuto penale. Infatti questo articolo non contempla *impersonalmente* il delitto d' istigazione, ma *tassativamente* punisce l' istigatore, a differenza dell' art. 54 ove si guarda con locuzione *impersonale* il fatto della istigazione non accolta; lo che mostra chiaro all' interpetre che il legislatore non volle mai punire l' istigato tranne quando aveva dato al delitto un cominciamento di esecuzione che fosse abile a costituire tentativo. Questa speciale locuzione

dell' art. 53 e la discretiva apertissima fra l' art. 53 e l' art. 54, avrebbero a parer mio condotto alla nostra opinione anche lo stesso Carmignani quantunque sostenitore di diversa in teoria; perchè l' interpetre deve sempre porre da banda le sue particolari opinioni quando trovasi in faccia ad una legge che apertamente le contradice; e li stessi interpetri francesi che accettarono la tesi della complicità in faccia all' articolo del loro codice che impersonalmente colpiva il *fatto*, avrebbero diversamente opinato se anche il loro codice avesse usato una locuzione personale tassativamente diretta all' istigatore, nel modo stesso che obbedirono a questo canone infallibile di ermeneutica in materia di aborto ed in altri casi di analoga specialità di locuzione.

§. 1598.

E bene vi fu ragione nel codice Toscano di coltivare cotesto pensiero, poichè assai si era corso col punire indistintamente (1) ogni istigazione anche a delitto lievissimo. Io penso che sotto il punto di vista della scienza concorrono considerazioni giuridiche e considerazioni politiche convergenti a fare respingere la tesi che della istigazione accolta abbia a punirsi come complice lo istigato. L' istigato che altro, in ultima analisi, non fece tranne passivamente accettare la proposta (sia pure che prendesse denaro) non ha ancora manifestato la intenzione di delinquere in un modo così pronunciato da costituire un atto preparatorio eccezionalmente punibile. Può essere dubbio se l' accettazione fu seria, se la emise per deferenza, o per guadagnare

la mercede, o per non disgustare il proponente, o per salvare la vittima, insomma senza intenzione di dare opera al malefizio: di guisa che col punirlo si correrebbero due rischi; quello di spingerlo al malefizio per il pensiero della pena già incorsa, e quello di punire talvolta un uomo che mai non ebbe intenzione di commettere delitti. Ragioni erano queste più che bastevoli perchè se si era voluto fare il primo passo non si facesse almeno il secondo (2).

(1) È notevole una singolarità incorsa su questo proposito nel codice Toscano: ed è che trovasi un caso in cui la istigazione accolta può essere punita *meno* della non accolta. La pirateria in certe condizioni può essere punita (art. 395 ultima alinea) di morte. Ora lo istigatore a questo delitto se la sua proposizione non fu accolta non può dal giudice punirsi con meno (art. 54) di un anno di carcere: se invece fu accolta e la società criminosa fu costituita può essere punito (art. 421) con soli tre mesi.

(2) Paoletti (*lib. 3, tit.* 10, *pag.* 172 *et* 175) senza punto discutere la questione insegna che se il mandatario simulò di accettare il mandato per lucrare la mercede con intendimento di non eseguirlo debbono sottoporsi a pena straordinaria così il mandante come il finto mandatario. Cotesto pensiero fu censurato da Wolthers (*de auctoribus sociis et fautoribus delict. pag.* 60) ed a buon diritto. Rimpetto al delitto per cui si prezzolava il sicario certo è che la simulata accettazione lo impedì invece di facilitarlo; perchè la sua ricusa avrebbe forse condotto a cercare altri che davvero accettasse, e sarebbe repugnante che la oggettività criminosa di un fatto si trovasse nella lesione di un diritto che rimase invulnerato per conseguenza del fatto stesso. Rimpetto allo stesso mandante vi è certamente un inganno, un carpimento di danaro ed un illecito lucro. Ma in ogni ipotesi se la simulata accettazione si guardasse sotto cotesto

punto di vista non potrebbe imputarsi che come delitto contro la proprietà. La protezione della legge in tale concetto si stenderebbe a favore dello scellerato mandante che restò burlato del suo danaro e deluso nella sperata vendetta. Sarebbe ciò conveniente e morale? La negativa è stata generalmente abbracciata nel caso analogo della vendita di fumo; e vi sarebbe perfetta identità di ragione nel caso presente. Non saprei dunque su quale *lesione di diritto potesse appoggiarsi* la dottrina della pena straordinaria irrogata nella fatta ipotesi al falso mandatario.

§. 1599.

Il criterio essenziale di questo reato che vuol essere puntualmente notato, oltre gli elementi che suggerisce spontanea la natura del fatto (parola scritta o detta, direzione alla esecuzione di un delitto) è la *serietà* della proposizione. È questo uno dei reati nei quali (come vedremo nella ingiuria) l'animo dell'agente attiene al *corpus criminis*, ossia ai criterii *essenziali* del malefizio. Le parole scritte o dette non hanno una vita loro propria ed assoluta. La vita loro si modifica secondo la intenzione di chi le proferisce. Un discorso che esteriormente suoni como provocazione ad un delitto può non esaurire le condizioni della criminosità, quando sia proferito con intenzione o buona, o innocente. Sarebbe, a modo di esempio, proferito con intenzione buona un consiglio a delinquere che l'amico desse all'amico, il padrone al domestico, o simili, al solo fine di indagarne la onestà e persuadersi se merita o no la sua fiducia, pronto a ritirargliela se aderisca alla scollerata proposta, e pronto a dargliela intera se invece questi respinga disdegnoso

quel pravo eccitamento. Può essere fatta con intenzione (se non buona) innocente quando si emetta irriflettutamente o per celia. Per quanto debba il moralista riprendere cotesta parola come imprudente e riprovevole, non può mai nella medesima riconoscersi il delitto d' *istigazione non accolta,* il quale ha per sua necessaria condizione che l' accusato abbia avuto volontà di usare le proprie forze morali onde spingere altri ad una determinazione criminosa.

Come parte del materiale del delitto bisogna dunque il processo ponga in sodo che veramente colùi aveva determinata la sua volontà a procacciare la consumazione del delitto, e che al fine di ottenere simile intento procurò di spingervi l' istigato. Ma quando il caso voglia farsi passare sotto la più grave pena destinata alla istigazione accolta dovrà egli dirsi lo stesso in rapporto alla intenzione dell' istigato? Quando sia certificato in processo che questi finse di accogliere la proposta ma non ebbe mai serio animo di aderirvi, potrà egli dirsi (nel rapporto della imputazione del proponente) che trattasi di istigazione *accolta?* La gravità maggiore della istigazione *accolta* sta nello avere fatto nascere la determinazione criminosa: ma se questa non nacque mai dove è la ragione di aggravare?

§. 1600.

Ai criterii *misuratori* della *quantità* di questo reato appella la considerazione della *gravità* maggiore o minore del delitto al quale s' istiga, e la diversità dei *mezzi* adoperati per condurre l' isti-

gato al proprio desiderio. La maggiore gravità del delitto voluto accresce la quantità *naturale* della istigazione, perchè il danno immediato di questo maleflzio riscontrandosi nel timore che eccita nella vittima designata, è facile comprendere che il mio timore sarà più intenso se si cerca di assassinarmi, di quello che se si cerca soltanto di derubarmi, o di spargere una satira contro di me. Il criterio desunto dai *mezzi* può invece riferirsi alla quantità *politica*, perchè certi mezzi adoperati a sedurre (per esempio la promessa di grossa mercede) mostrano uń animo più fermamente determinato, e fanno crescere il danno mediato, perchè si prevede nel caso di rinnovamento di consimili fatti meno probabile la resistenza di altra persona a cui si diriga la istigazione.

§. 1601.

Ma qui sorge una qualche difficoltà sul punto di decidere se la *gravità* del delitto a cui si istiga costituisca un criterio soltanto *misuratore*, o piuttosto un criterio *essenziale* del maleflzio: cosicchè la istigazione non possa elevarsi a delitto e come tale punirsi quando il reato a cui si istigò era leggero; e soltanto possa politicamente imputarsi la provocazione non accolta quando sia diretta ad un crimine di grave importanza. L'antica pratica poteva dirsi concorde nello insegnare che la istigazione non dovesse elevarsi a delitto speciale tranne in *atrocioribus* (1). Ma modernamente alcuni codici Alemanni, e ad imitazione di loro il codice Toscano (art. 53 e 54) vollero fare una regola generale della relativa punibilità, senza distinguere o limitare nep-

pure nei delitti leggerissimi; solo riducendo la pena in proporzione del diverso delitto voluto. Noi già facemmo pubblica professione della nostra opinione su tal proposito; e sebbene ad altri piacesse risponderci con amara censura, noi persistiamo nelle nostre convinzioni. Generalizzare senza limite alcuno la punibilità della istigazione (e così estenderla anche alla istigazione ad ingiuria, a danno rurale, a minaccia, e ad altre piccolissime delinquenze) è agli occhi nostri una esorbitanza di rigore sofistica; è un pensiero nel quale lo impulso del moralista trapela, e vuole farsi dominatore del criminalista. Si scende con ciò in certi minimi dei quali il pretore sapiente non deve prendere cognizione; non vi è elemento bastevole perchè se ne concepisca serio timore, che valga a giustificare l'intervento del magistero punitivo. Quando il danno o la ingiuria dove fosse consumata non incontrerebbe forse che venti lire di multa o un giorno di carcere, qual pena darete allo istigatore che inutilmente si accinse a persuadere altri a simili fatti! Rischiate di dargliene a delitto non accaduto una maggiore di quella a cui lo porterebbe il rinfaccio di ausilio al delitto accaduto. Come sarà tollerabile che ogni parola di eccitamento ad adulterio proferita (sia pure seriamente) da un giovine scostumato verso donna altrui formi argomento della solennità di un pubblico giudizio? Come tollerare che mentre l'adulterio o lo stupro consumato si rilascia ad azione privata, la istigazione al medesimo si perseguiti ad azione pubblica? A siffatti sconci ai quali condurrebbe la senocratica rigidità del codice penale Toscano ripara fortunatamente in pratica il senno

e la prudenza dei nostri regi procuratori, i quali non hanno mai sognato di provocare l'applicazione dell'art. 54 tranne in casi che accennavano a delinquenze veramente allarmanti. Ma se una legge si rende tollerabile soltanto col non essere eseguita è questa una cattiva difesa e tutt'altro che un elogio della legge.

(1) Lauterbach *disputat.* 139, *thes.* 9, *n.* 5 — Socino *cons.* 188, *vol.* 2 — Ludwell *exercit.* 15, *thes.* 3, *l.* 6 — Hahn *ad Vesembec. in pandect. tit. mandati vel contra, n.* 7 — Menochio *de arbitr. lib.* 2, *cas.* 352 — Farinaccio *quaest.* 155, *n.* 186 — Deciano *tract. crim. tom.* 2, *lib.* 9, *cap.* 32, *n.* 5 — Carerio *practica criminalis pag.* 148, *n.* 27 — Caravita *institut. crimin. vol.* 2, *pag.* 330, *n.* 4 — Carmignani §. 257, *nota* 5.

§. 1602.

Nè parmi solida la risposta che volle darmisi come perentoria confutazione degli obietti miei, dicendo che io aveva dimenticato di distinguere fra istigazione *efficace* e non *efficace:* e che l'art. 54 del codice Toscano vuol punita soltanto quella istigazione che secondo i precetti della scuola riconoscesi come efficace. In verità io non trovo come possa nell'art. 54 leggersi cotesta limitazione: nè sono mai arrivato a comprenderlo. L'articolo non distingue; vuole si punisca qualunque *istigazione non accolta,* e per incorrere nei termini della legge basta che si abbia una istigazione, siano quali si vogliono le condizioni più o meno prementi dalle quali fu accompagnata. Certamente io concordo senza esitazione che la prudenza del giudice non tro-

verà i caratteri di una istigazione in un discorso fugace non emesso al fine di ottenere l' intento. Ma quando l' allettamento, o l' incitamento, o la preghiera, o il comando furono posti in essere con l' intendimento che fossero accolti, chi è che possa definirne *a priori* in astratto i caratteri di *efficacia* od *inefficacia!* Se si suppone che la istigazione non fosse accolta dall' istigato è una vera contradizione in termini supporre che fosse accompagnata da una *efficacia concreta.* In fatto fu *inefficace* poichè fu reietta. E chi darà dunque la definizione della efficacia astratta? Chi dopo avere supplito nella legge la distinzione che non vi è, vi innesterà ancora la definizione di questa *efficacia astratta* della quale la legge non porge vestigio? Che la istigazione debba avere in sè la *potenza* di persuadere è cosa tanto intuitiva che nessuno può muoverne dubbio. Ma che mi si rimproveri di avere dimenticato la distinzione classica fra consiglio *efficace* e semplice *esortativo,* è un' accusa che non ha senso nell' argomento presente. Questa distinzione si insegna da tutti i pratici, quando il delitto fu commesso, per decidere l' arduo problema se l' autore del medesimo si fermasse nella determinazione criminosa per l' influsso del consiglio ricevuto o senza di quello; e ciò pel fine di dichiarare o non dichiarare partecipe il consigliero della responsabilità penale del delitto consumato. Ma comprende ciascuno che quando la determinazione criminosa dell' autore voluto non nacque mai perchè respinse tosto il consiglio, bisogna dir sempre che questo fu *inefficace* poichè non ebbe forza bâstevole a far nascere non solo l' azione delittuosa, ma neppure la prava determi-

nazione. Cosicchè questa distinzione nei termini della istigazione non accolta è parola vuota di ogni significanza giuridica. L'art. 54 punisce precisamente (e sempre) il consiglio inefficace, quello cioè che non fece nascere la risoluzione di delinquere; e lo punisce appunto in questa sola ipotesi, perchè se fece nascere la determinazione criminosa incontra le pene dell'art. 53 come *istigazione accolta*, e se fece nascere inoltre l'azione malvagia incontra ben altra pena sotto la forma di *complicità*. La questione unica pertanto che si può porre nel titolo presente è quella appunto se la istigazione *inefficace* (quella cioè che non fu abile a persuadere l'istigato) debba essere sempre argomento di criminale processo anche quando dirigevasi a delitti minimi e di meschine proporzioni politiche: ed in tale questione io tengo per buona la dottrina dei pratici (1).

(1) Il codice Spagnolo del 1848 all'art. 4 aveva stabilito per massima che la proposizione a delinquere ed il semplice accordo criminoso non fossero punibili tranne in quei casi eccezionali (specialmente delitti politici) nei quali la legge avesse diversamente disposto. Piacque al Marchese de Gerona e a Don Manuel Ortiz de Zuniga di insorgere contro cotesta massima; e per la influenza loro nella riforma che l'anno 1850 fu recata ad alcune parti di quel codice, l'art. 4 venne modificato; e rovesciandolo nella opposta sentenza, si sanzionò per regola assoluta e costante la punibilità di qualsisia proposizione criminosa.

L'illustre Don Giovacchino Pacheco compilatore del primo progetto (testè rapito alla scienza dall'infausto cholera con universale compianto degli amici e dei dotti) nel suo *commentario (vol. 1 pag. 102 a 110)* protestò solen-

nemente e tornò ad insistere contro l' esorbitante rigore di quella riforma: mostrò che la massima della non punibilità era conforme alla opinione più comunemente ricevuta dai migliori codici contemporanei: si fece forte della autorità del collegio giuridico di Madrid che consultato in proposito si era pronunziato per la non punibilità della parola: e concluse che chinava la fronte, ma protestava, e credeva che una nuova riforma non avrebbe tardato a correggere la novella disposizione e restituire l' articolo alla obbedienza di ciò che insegna (sono sue parole) il *buon senso e la scienza.* Ciò che vi è di singolare a notarsi in questa polemica acremente combattuta fra i due criminalisti spagnuoli, si è che Ortiz de Zuniga (*practica tom.* 2, *pag.* 432) insisteva perchè si dichiarasse che il concerto e la proposizione a delinquere dovessero punirsi non solo nei delitti politici ma eziandio nei *più atroci (de cierta gravidad y alarma)* fra i delitti comuni; il risultato fu che traboccando la riforma nell' eccesso contrario il nuovo articolo dichiarò indistintamente punibile la istigazione anche se diretta a delitto lievissimo. Anche il codice delle Cortes del 1822 all' art. 6 sanzionava il principio che la proposizione a delinquere non accettata non fosse punibile. Vedasi in questo senso il dotto articolo del Brunenghi inserito nel *num.* 21, *anno* 2, del giornale *la Legge.* Del resto la massima della non punibilità della istigazione non accolta è sanzionata implicitamente dalla maggior parte dei codici contemporanei; ed esplicitamente proclamata dal codice del Brasile, e dal codice del Valais art. 65 — *l' instigateur d' un délit n' est puni que pour le délit commis à son instigation.*

§. 1603.

La questione che io poneva, e che non si volle intendere, ha in ventre tanto la ipotesi della efficacia quanto la ipotesi della inefficacia. Io poneva e

pongo la questione — 1.° se sia conveniente fare un processo ed un giudizio criminale contro chi abbia istigato un giovine a venire a cogliere quattro pomi nel mio campo — 2.° se sia conveniente fare un processo *ad azione pubblica* contro chi abbia fatto una proposizione amorosa a donna maritata. Cotesti dubbi io li pongo tanto nella ipotesi che il giovine o la donna abbiano risposto di no (istigazione *inefficace* (1) perchè non accettata) quanto nella ipotesi che il giovine o la donna abbiano risposto di sì (istigazione *efficace* perchè accettata). Ad ambedue siffatte questioni il codice Toscano risponde affermativamente. Ma io penso invece che questa sia una non giustificabile eccessività di rigore.

(1) È intuitivo che sotto il titolo d' *istigazione non accolta* cade quella eziandio che fosse stata accolta dall' istigato se poscia questi se ne pentì e non perseverò nella esternata determinazione. Vuol essere però notato che anche a senso dei più rigidi onde sia punibile la istigazione bisogna che sia diretta ad un delitto *determinato;* non già ad una criminosità *indefinita,* e neppure ad una speciale criminosità contemplata in genere, come sarebbe in colui che cercasse di persuadere un giovinetto che il mestiere più utile è quello del ladro. Questa proposizione mostra evidente che la vera oggettività del malefizio (quando come tale si voglia tenere la istigazione non seguìta da effetto) non è già nella corruzione della persona istigata, ma nella quiete e libertà di colui a danno del quale si voleva dirigere il delitto che si provocava.

§. 1604.

Ma o vogliasi la istigazione criminosa tenere come punibile in tutti i casi, o soltanto nei casi in cui tende a gravi misfatti, io credo che per giustizia bisogni pur sempre distinguere tra la istigazione che per la vecchia nozione scientifica svolge la configurazione del *mandato* e quella che svolge il *consiglio,* secondo l' infallibile criterio della utilità respettiva (1). Già ho detto altra volta (*complicità pag. 164*) come i moderni ai quali piacque agglomerare in un fascio sotto il nominatore comune di *istigazione* le distintissime forme del consiglio e del mandato, non obbedissero alla verità ontologica nè facessero un buon servigio alla scienza ed alla giustizia. Qui cade notare adesso uno svolgimento e nel tempo stesso una ulteriore dimostrazione di tale verità. Per noi la istigazione diretta ad un crimine che torni a vantaggio del solo istigatore è un *mandato;* la istigazione ad un delitto che rechi vantaggio al solo istigato è un *consiglio.* Or bene: vi è egli sufficiente ragione di parificare i due casi sotto la comune rubrica di istigazione non accolta? La sola ragione politica di elevare a delitto la istigazione non accolta sta nel timore che eccita in me il conoscere per cotesto fatto di avere un nemico, il quale a sfogo dell' odio suo cerca di farsi strumento le altrui braccia per nuocermi; ed apprendere che egli possa all' odio suo ed al suo malvagio proposito dare esecuzione o col braccio proprio o con la opera di altro men renitente esecutore: in ciò consiste il costringimento della mia libertà indivi-

duale ed il disturbo della tranquillità dell'animo mio. Ma ognuno comprende che quando il delitto era ad esclusivo vantaggio del consigliato, ho da un lato ragione di credere che il consigliere non tornerà o tornerà senza frutto alla ripetizione del consiglio; e dall'altro lato la circostanza che il nemico il quale avrebbe avuto beneflzio sensibile nel reato non scese alla determinazione di compierlo malgrado le altrui scellerate insinuazioni, me lo ha reso per cotesta prova meno temibile che prima nol fosse. Chi può seriamente affermare che il timore del veneficio è accresciuto perchè colui al quale fu suggerito di avvelenare il ricco congiunto respinse la proposizione scellerata con reazione sdegnosa! Eppure con la formula generale di istigazione non accolta si sono parificate le due ipotesi nella nozione, e quello che è peggio nella penalità.

(1) Vouglans (*le leggi nel loro ordine naturale lib.* 1, *tit.* 2, §. 3, *art.* 2) De Simoni (*delitti di mero affetto parte* 1, *cap.* 5, §. 1) e in generale tutti i pratici accettano questo criterio che risale al testo romano. Ma a Carmignani (*elem.* §. 264; *e teoria lib.* 2, *cap.* 18, §. 11) ultimamente non piacque cotesto criterio, censurandolo per la ragione della sua impossibilità nelle materie penali, *non essendo a supporsi che alcuno senza veduta di proprio vantaggio voglia consigliare altri a delinquere*. Malgrado però la reverenza al grande maestro noi vediamo in questo suo argomento uno slancio generoso del cuore piuttostochè l'effato della riflessione e della matura osservazione dei fatti. Ripeterò qui ciò che dissi (§. 1201) combattendo un'analoga idea del Carmignani in proposito dell'omicidio per libidine di sangue. Il professore pisano negò la possibilità dell'omicidio senza causa come negò la possibilità del con-

siglio senza interesse, per l' identico suo modo elevato di sentire della natura umana che a lui faceva parere impossibile una determinazione criminosa non eccitata dall' impulso di una qualche utilità personale. Ma ad onta della sua opinione la esperienza mostra nel mondo non rari gli omicidi senza causa, e mostra frequentissimi i malvagi consigli senza personale interesse. Potrà dirsi che questo è caso più raro; che più frequente è il caso dell' interesse comune che dell' interesse esclusivo dell' istigatore, e ciò porterà alla conseguenza che la configurazione della società e del mandato saranno più spesso occorrenti che non quella del puro consiglio. Ma quando questa si verifichi, se trovasi che la ragione di distinguere sia conforme a giustizia è debito della scienza di proclamare la distinzione.

§. 1605.

In ordine al grado nella forza morale del delitto è da notarsi che in questo malefizio l' impeto degli affetti e la ubriachezza non sempre si limiteranno in pratica ad operare il solo effetto di minorare la imputazione; ma più spesso agiranno come cause dirimenti, perchè toglieranno la serietà alla proposta criminosa. Per ciò che riguarda il grado nella forza fisica è da osservarsi che difficilmente nella istigazione *verbale* potrà configurarsi la tesi del tentativo per ragioni che ognuno comprende: soltanto sarà disputabile se le condizioni giuridiche di un *tentativo d' istigazione a delinquere non accolta* possano riconoscersi nel caso speciale di una commissione *data per lettera* la quale intercettata o smarrita non sia giunta al suo destino. La istigazione è sicuramente *non accolta*, perchè neppure è saputa dall' istigato che non ha ricevuto la lettera;

ma dovrà il delitto dirsi consumato, o tentato, o mancato? La consumazione di questo reato (1) parmi di non vederla se non al momento in cui la istigazione si fa cognita all'istigato; sicchè affermerei senza esitanza che istigazione consumata nel proposto caso non possa trovarsi. Ma nello scrivere la lettera e nello inviarla si dovrà egli ravvisare soli atti preparatorii? Nol crederei. Si dovrà invece riconoscervi quanto la scienza, e la legge nostra esige al delitto mancato? Negherei anche questo, perchè l'atto consumativo consistente nella comunicazione del pensiero non ebbe luogo; sicchè il reato non può dirsi consumato neppure subiettivamente; e perchè quando anco lo fosse, il non ottenuto effetto sarebbe dipendente dal *modo di agire* scelto dal colpevole. Non avrei peraltro difficoltà a riconoscervi un tentativo punibile.

(1) Si avverta anche qui quanto sia potente la influenza dei nomi nel giure penale, e meditino i giovani studiosi su questa verità che stimo mio debito ricordare sovente anche a costo di ripetermi. Se il codice penale che deve applicarsi chiama il presente malefizio *istigazione a delinquere*, la soluzione che ho data nel testo è incontrastabile: il delitto non è consumato finchè la parola istigatrice non è pervenuta alle orecchie dell'istigato. Ma se invece la questione sorga in faccia ad uno di quei codici che chiamano questo reato *tentata seduzione al delitto*, la soluzione dovrebbe essere diversa; perchè il delitto facendosi consistere nel *tentare*, la sua consumazione si avrebbe nei primordi del tentativo, nè potrebbe la sanzione della legge limitarsi al solo tentativo perfetto.

§. 1606.

Finalmente per ciò che attiene alla complicità può farsi luogo a delle speciose combinazioni in questo reato. Se Tizio ha istigato Cajo a delinquere senza giungere a persuaderlo, Tizio è colpevole d' istigazione non accolta. Ma se egli agiva alla sua volta per istigazione di Sempronio; potrà dirsi che Sempronio colpevole di istigazione accolta da Tizio è complice di istigazione non accolta rispetto a Cajo? Sicuramente non parmi che sia repugnante lo ammettere la ricorrenza giuridica dei termini generali della complicità in questo malefizio. È però singolare il contrasto che sorge in questa situazione, perchè Sempronio viene a subire la eventualità della pena maggiore; ora nella pena che ha incorso come autore d' instigazione accolta assorbendosi a suo riguardo quella inflitta contro la sua complicità nella instigazione non accolta; ed ora procedendo secondo i casi l' opposto, subordinatamente alla nota teorica della prevalenza (1).

(1) La questione relativa al mandato di dar mandato si trattò nei più larghi termini di delitto eseguito dal Carerio *practica criminalis pag.* 145; dove sulla scorta di Bartolo, Baldo, Angelo, Marta e Bolognello stabilì la dottrina della complicità nel mandato. La quale specialità mi piace notare perchè generalmente udii ripetere come regola senza eccezione, non ammettersi complicità di complicità. Siffatta regola merita di essere più in largo discussa ma non è questo il luogo. Analoga è la questione che sorge in proposito delle *istruzioni* a delinquere comunicate per interposta persona, e che pur essa risolvesi nel senso della comune solidarietà:

sotto codesta forma la esaminò Blanche (*Etudes sur le code pénal tom.* 2, *pag.* 177, 178) e la risolvette la Corte di Cassazione di Francia col decreto del 23 maggio 1841.

§. 1607.

La pena inflitta nel codice Toscano (art. 54) contro l'istigatore quando la proposizione non fu accolta è la carcere da uno a tre anni se la istigazione fu diretta a delitto minacciato di morte: la carcere da un mese ad un anno se fu diretta a delitto colpito da ergastolo o casa di forza: la carcere fino ad un mese o la multa fino a cinquanta lire se fu diretta a delitto colpito da pena inferiore: le quali pene proporzionalmente si accrescono (art. 53) contro l'istigatore se la proposta fu accolta. Il codice Sardo serba presso a poco l'istesso ordine di penalità all'art. 468 e 469: ma la nozione di questo delitto nel codice Sardo è assai diversa da quella del codice Toscano; perchè mentre questo vuole punita, come si è detto, qualsivoglia *forma* di istigazione, quello la punisce soltanto quando è stata posta in essere mediante discorsi tenuti in luogo pubblico o pubbliche adunanze, o mediante stampe o scritti affissi o sparsi o distribuiti al pubblico; lo che evidentemente denatura il reato da quei caratteri semplici che esso ha nel codice Toscano, e nella forma con cui lo abbiamo descritto; e può anche farlo cangiare di classe.

CAPITOLO V.

Coalizione industriale.

§. 1608.

Ai delitti contro la pubblica tranquillità richiamasi generalmente un fatto che non in tutti i tempi nè da tutte le legislazioni fu considerato degno di politica imputabilità, ma che qualora voglia elevarsi al grado di delitto non può trovare gli elementi giuridici della sua sanzione in altro criterio tranne quello dello influsso che esercita o vuole esercitare sulla *libertà* umana. Questo è il delitto così detto di *sciopero*, o *coalizione* (1) di persone ascritte ad una industria, ad una lavorazione, o ad un traffico, le quali si accordino a cessarne, nella veduta di procurarsi un lucro maggiore dell' usuale. Ma poichè l' azione di questo reato sulla *libertà* di un *numero indeterminato* di cittadini è nelle contingenze pratiche piuttosto una accidentalità che non una condizione essenziale del malefizio; così meglio che serbarne la trattazione alla classe delle violenze pubbliche, ho creduto anticiparla al presente luogo per la ragione che anche quando per cotesto fatto la tranquillità pubblica non siasi commossa, ma soltanto ne abbia avuto un impaccio la libertà di qualche determinato individuo, rimane pur sempre il bisogno di studiare la forma giuridica di simile fatto, delinearne la nozione ed i caratteri, ed esaminare se al medesimo convenga o no in tutti i casi di applicare una repressione penale. Il collocamento di

questo fatto nella classe dei reati contro la *pubblica* tranquillità può essere esatto in un codice penale che già abbia risoluto il problema nel senso che non si debba il fatto stesso punire tranne quando per il medesimo siasi (o in ragione dei mezzi o delle risultanze) compromessa la pubblica tranquillità. Ma in una trattazione scientifica sarebbe a mio parere prepostero supporre già risoluto cotesto problema (2).

(1) Bibliografia — Deciano *tractatus criminalis lib.* 7, *cap.* 21, *n.* 13 — Jousse *justice criminelle tom.* 3, *pag.* 832 — Serpillon *code criminel vol.* 1, *pag.* 138 — Soulages *traité des crimes tom.* 1, *pag.* 27 — Frühwald *manuale pag.* 154 *e* 290 — Destriveaux *essais de droit pénal pag.* 95 *ad* 100 — J. J. Häus *observations sur le projet de revision du code pénal part.* 3, *pag.* 110 — Caquelin *dictionnaire d'economie politique, mot coalitions* — Wolowski *revue de legislation tom.* 10, *pag.* 367, *et* 1851 *tom.* 2, *pag.* 97 — Molinier *traité de droit commercial pag.* 592 — Conforti *intorno al diritto di punire pag.* 77 *e segg.* — Eloy *de la codification pag.* 151 — Jules Simon *la loi des coalitions* — Haus Edouard *des coalitions industrielles et commerciales* — Olivier *rapport du* 22 *avril* 1864 — Chauveau *théorie du code pénal n.* 3655 — Waelbroeck *de la liberté des coalitions en Belgique, Bruxelles* 1867 — Batbie *la loi sur les coalitions;* nella *Revue Critique tom.* 25, *pag.* 399 — Ricci Des Ferres *le coalizioni dei padroni e degli operai, Torino* 1870. Sono ancora a vedersi le discussioni che ebbero luogo su questo proposito alla quarta sessione del Congresso internazionale tenuta nel 1865: *Annales de l'Association Internationale, Quatrième Session, pag.* 225.

(2) Sembra che nell'Impero Tedesco questo delitto non richiami apposite sanzioni nei codici penali perchè sottoposto

a speciali provvedimenti nella legge intitolata *ordinamento dei mestieri ed industrie* della Confederazione Germanica del 21 giugno 1869.

§. 1609.

Gli estremi di questo delitto secondo la dottrina di coloro che lo vollero indistintamente punibile (1) sono — 1.° il *concerto* — 2.° il *fine* di procurarsi un lucro maggiore — 3.° la *esecuzione*, almeno cominciata, del concerto.

Il *concerto* è il primo elemento indispensabile: avvegnachè l'autorità politica non possa neppur sognare di stendere le sue provvisioni penali sopra il fatto di un individuo che ad un dato giorno risolva di non più lavorare se non ad una mercede elevata; di non più vendere la sua merce se non ad un prezzo superiore; di non continuare il suo laboratorio se gli operai non accettano una mercede più tenue; e simili. Ogni individuo è libero dispositore così delle sue braccia e della sua intelligenza, come delle sue merci e delle cose sue. Sarebbe evidente tirannia ed aberrerebbe dal sacro principio della libertà del commercio e dalla odierna civiltà una legge che (non limitandosi a semplice misure di polizia, od a provvedimenti di economia politica) osasse brandire la spada della giustizia penale contro un operajo, o contro un capo di officina, perchè il primo non trova il suo tornaconto nel lavorare per poco, o non lo trova il secondo nel tenere gente al lavoro che coi loro salari assorbiscano tutto il guadagno. Pur troppo la storia dei secoli passati ricorda disposizioni legislative che evidentemente conculca-

vano anche in codesto argomento i principii della libertà individuale. Ma siffatte disposizioni emanavano da uno spirito generale di dispotismo che spingeva i legislatori a credersi autocrati nel magistero penale. Onde ne avveniva che per una considerazione (o vera o falsa) di utile pubblico, essi credevano legittimo ogni rigore punitivo contro atti che non presentavano vera lesione del diritto. Prescindendo ancora da ogni considerazione delle più sane regole sulla libertà del commercio accolte oggi nella scienza economica, chi ha rejetto i falsi principii sui quali troppo a lungo si volle adagiare il magistero punitivo, ed ha purgato la sua mente dai prestigi delle false dottrine dell' utile o della autocrazia del legislatore, non può accogliere neppure un istante il pensiero che simili tirannie fossero buone e legittimo, o che siano oggi da riprodursi nei popoli colti.

(1) In Francia le coalizioni furono previste e severamente represse in materia di manifatture dalla ordinanza di Francesco I dell' anno 1541, e dai rescritto del 2 gennaio 1749, riprodotto nel 1781. Poscia con misure più generali vi provvide la costituente coi decreti (14-16 giugno 1791) relativi agli operai di città; e con gli altri (28 settembre, e 6 ottobre 1791) relativi agli operai di campagna. Nuove disposizioni adottò la legge del 22 germile anno 11. Vi provvide il codice penale del 1810 (art. 414 e segg.); poi la riforma del 1832, e la legge del 27 novembre 1849. Finalmente fu ordinata cotesta materia sovra basi generali tutte nuove nella legge del 25 maggio 1864, ad occasione della quale i filosofi ed i giuristi di Francia vivamente si occuparono di questo importantissimo tema. Ciò che trovo di singolare si è che l' Haus (*coalitions pag.* 309) ricorda che le coalizioni industriali erano severamente punite dalla ordinanza di Villers

Colleret (agosto 1559) all' art. 191; e ne riporta anche il testo nei seguenti termini — *Défendons à tous les maitres, ensemble aux compagnons et serviteurs de tous métiers, de faire aucune congrégation ou assemblée grande ou petite, ni pour quelque cause ou occasion que ce soit, ni faire aucuns monopoles et n' avoir ou prendre aucunes intelligences les uns avec les autres du fait de leur métier, sous peine de confiscation de corps et de bien.* E già Vouglans *(leggi nel loro ordine naturale vol. 4, pag.* 199) aveva notato che la ordinanza di Francesco I era stata la prima a dettare alla Francia provvedimenti contro i concerti degli operai. Ma ciò parrebbe una visione se dovesse prestarsi fede a Coquelin *(dictionnaire de l' economie politique, mot coalitions)* il quale afferma che in Francia questo delitto non era mai stato nè preveduto nè punito fino alla legge del 22 germinale anno 11. Ora fidatevi dei dizionari!

§. 1610.

Ma quando l' individuo non limitandosi ad emettere una determinazione relativa all' esercizio delle proprie forze o alla disposizione delle cose sue, oltre a ciò esercita una influenza sulle volontà altrui e sulle altrui cose, inducendo anche altri che si trovano in pari sua condizione ad accettare anche in quanto alle forze loro ed alle loro cose la determinazione da lui presa, pone in essere un *concerto:* il quale venendo a costituire nella civil società un' associazione privata diretta ad un fine contrario al pubblico bene, può presentare termini assai diversi da quelli che presenta il mero esercizio della individuale libertà, e far nascere il dubbio della sua punibilità.

§. 1611.

Il delitto di *sciopero* non è dunque esattamente parlando, un delitto di semplice *inazione*. Il fatto si risolve nelle sue conseguenze in una *inazione;* ma il substrato criminoso del medesimo, il precedente che solo può dar diritto all' autorità a portarvi sopra le sue considerazioni, è l' atto positivo; cioè una serie di azioni esteriori con le quali siasi indotto altri ad accettare la determinazione di scioperare, e ad astenersi poi dall' agire per obbedienza di quella. Laonde vede ognuno che il nome (1) di *sciopero* (dato modernamente a questo reato) non è perfettamente esatto: perchè esprime il reato nelle sue conseguenze, anzichè nel vero momento che può costruire la sua criminosità.

(1) La causa per cui molti vennero nella errata opinione che le antiche leggi non prevedessero la coalizione e lo sciopero, questo si fu che simil fatto nell' antico linguaggio forense racchiudevasi sotto il generico nome di *monopolio;* laonde i titoli presenti non erano reperibili sugl' indici degli scrittori. Il monopolio era una forma generale di delinquenza che aveva per suo oggetto giuridico il *commercio*. Vi si enumeravano tutte quelle forme che anche oggidì hanno la denominazione di monopolio, come le alleanze dirette a fare abbassare od alzare i prezzi di certi generi o in generale il valore di una intrapresa, le alleanze dirette a non insegnare un' arte che ai propri figli, ed altre simili cose. La pretesa attinenza delle quali al magistero penale dipende da questioni economiche che qui non è luogo di contemplare, ora che veramente non possono avere altra oggettività tranne la veduta di favorire il commercio. Tra queste forme noveravano

gli antichi l'alleanza degli operai diretta a non prestare la mano loro se non a prezzi da loro determinati. Dal Deciano *(tract. crim. lib. 7, cap. 21, n. 13)* rilevasi che gli antichi statuti punivano questo fatto anche nei villici e lavoranti della campagna: e l'Alberico *(in rubr. C. de monopol.)* ricorda un singolare strattagemma ideato da certi campagnoli per eludere siffatto statuto. Essi si coalizzarono non di non andare al lavoro ma di andarvi e star fermi, pensando così nelle grossolane loro menti di non incorrere nella pena. La coalizione degli operai di campagna fu oggetto di speciali prescrizioni in Francia pel codice rurale del 28 settembre, 6 ottobre 1791 (art. 20, tit. 2) che *sembra* rimasto tuttora in vigore. La pena di questa specialità è tanto più mite che ad evidenza si scorge il grande movente della severità contro questo fatto non essere altro che la paura del pericolo di tumulti nelle città manifatturiere per cui si è confuso l'ufficio della polizia con l'ufficio della penalità.

§. 1612.

Il *concerto* adunque deve essere nei processi di questa natura dimostrato lucidamente come qualunque altro atto positivo che voglia imputarsi a delitto. Non può credersi provato per semplici presunzioni. Se ad un dato mattino un cento di operai addetti ad una stessa officina o a diverse, non vanno al lavoro, adducendone per ragione la insufficienza della mercede, ciò non basta per affermare che siavi *concerto;* perchè siffatta determinazione può essere nata spontanea nell'animo di ciascuno di costoro ad occasione di un rincaro di viveri, o di un aumento di salari fatto in altre officine per liberale volontà del padrone, o di altra consimile accidentalità. Non tutti i fatti che si riproducono

contemporaneamente da molti sono conseguenza di un accordo dei molti: lo saranno il più spesso; ma non sempre. E ciò basta perchè debba respingersi la idea della prova per presunzione (idea pericolosissima nelle materie penali) e debba esigersi la rigorosa prova che la inazione dei molti fu conseguenza di un accordo preso e stabilito precedentemente fra loro.

§. 1613.

Accettando come verità siffatta proposizione si viene naturalmente a questa conseguenza: che può esistere da un lato la *coalizione* fra un numero di operai, ed il susseguente sciopero: può dall' altro lato esistere la inazione per parte di qualche operajo, e malgrado ciò non essere a costui giustamente obiettabile un delitto. Mi spiego: pongasi, a modo di esempio, che un numero di garzoni fornai si siano in un dato giorno concordati di non più tornare al lavoro, se non pagasi loro una mercede maggiore della usata; essi in conseguenza dell' accordo hanno lasciate deserte le officine alle quali erano addetti: ecco che in costoro lo *sciopero* può essere criminoso, perchè in loro deriva da un accordo precedente nel quale trova radice la loro politica imputabilità; ma potrà egli dirsi perciò che tutti i garzoni fornai che in quella data mattina non sono andati a bottega sono colpevoli? Io credo di no, perchè il primo elemento del reato è la *coalizione:* cosicchè chi non ha preso parte a questa non è colpevole. La cosa è evidente se costoro si sono astenuti dalla officina per una causa tutta loro particolare, come malattia, distrazioni, altre cure, e simili. Ma lo ammettere

codesta eccezione soltanto fin qui, porterebbe alla conseguenza che l' operaio restatosi inerte in quel giorno in cui esisteva nella città una coalizione dei suoi confratelli, dovrebbe *assumere egli la prova diretta* della causa innocente per cui non andò. Questo modo di vedere porterebbe, come ognuno comprende, al risultato della prova presuntiva rispetto all' individuo. Il fisco direbbe io non ho provato che tu prendessi parte all' accordo; ma ho provato che l' accordo esisteva, ed ho provato che altri cinquanta dei tuoi confratelli presero parte al concerto, e stettero inerti in conseguenza di quello: tu pure restasti inerte in quel giorno: dunque *io presumo* che anche tu partecipassi all' accordo. Giustifica tu che no, altrimenti sarai condannato. Ma non si può ammettere per principio generale codesto modo d' argomentazione, e senza palpabile ingiustizia non può accettarsi.

§. 1614.

Sotto un punto di vista generale la suddetta proposizione non può seriamente disputarsi oggidì, poichè la Dio mercè le prove presuntive sono state cacciate dal foro criminale. Ma la proposizione conduce ad un risultamento speciale che merita particolare attenzione. Che dovrà dirsi se l' operaio scioperante, sebbene estraneo a qualunque concerto, francamente confessi essersi anch' egli astenuto dall' andare, non per cagioni sue proprie, ma perchè avendo udito correr voce che gli altri scioperavano volle anch' egli fare altrettanto, sia per desiderio di profittare del fatto altrui, sia per timore della indignazione dei suoi compagni? Questo problema

speciale si risolve nella questione generale, se in questo reato il *concerto tacito* equivalga al *concerto* espresso. Colui che non prese parte agli accordi (dirà taluno) se scioperò poscia quando conobbe esistere l'accordo, prestò tacitamente adesione: non vi partecipò con le parole, ma vi partecipò col fatto, e torna lo stesso. Ecco i termini netti della questione. A mio giudizio peraltro codesto obietto non è accettabile, perchè ripeto che nel mio modo di vedere il reato non può farsi consistere nello *sciopero*, ma nella *coalizione*. Tenuto come vero il principio che il momento criminoso stia nel *concerto*, e non nello *sciopero*, l' *adesione tacita* al concerto non può agli effetti penali adeguarsi alla partecipazione vera. E dico che non lo può, perchè è principio generale nella materia della complicità che la semplice adesione interiore non rende partecipe al delitto altrui neppure nei maleflzi più gravi. Colui che trovasi spettatore di un omicidio commesso da altri, può nel suo interno godere del fatto, perchè la vittima sia a lui invisa; può per conseguenza di questo pravo sentimento astenersi dal recare soccorso a quell' infelice. Ma nessuno ha il diritto di convertire codesto sentimento e codesta inazione in un atto di complicità. Ove si accolga il principio della solidarietà cittadina, potrà in simili ipotesi trovarsi l' elemento di un delitto di per sè stante: ma non potrassi mai senza confusione di termini obiettare il titolo di partecipazione all' omicidio. Lo stesso io dico nella proposta questione. Lo *sciopero* non è delitto nell' individuo: è delitto il *concerto*. Lo aderire in cuore al delitto altrui non è complicità finchè tale adesione, senza estrinsecarsi

in atti positivi di materiale coefficienza, si limiti alla mera inazione.

§. 1615.

Il secondo estremo di questo reato consiste nel *fine*. Possono anche cento o più operai accordarsi per solenne patto a non lavorare in un dato giorno, e conseguentemente lasciare deserte le officine. Ma se tale accordo nasce o per cagione di un diporto che vogliasi prendere in codesto giorno, o per cagione di una festività cui si voglia fare onoranza, o per altro innocuo motivo (1); non può neppure l'accordo costituire delitto. Perchè ciò sia vi è bisogno che lo sciopero si concerti *pel fine di costringere* i padroni ad aumentare i salari, o respettivamente pel fine di costringere gli operai a lavorare a meno.

(1) È facile comprendere che in questo reato può nascere conflitto di coalizione contro coalizione. Per esempio i padroni si sono coalizzati per imporre ai lavoranti un'ora più di lavoro giornaliero per il medesimo prezzo: gli operai si coalizzano alla loro volta ed abbandonano la officina. Che dovrà egli dirsi? Vi saranno due delitti? Il delinquente in cotesti casi è sempre l'innovatore: sicchè in cotesta ipotesi vi sarà delitto di coalizione per parte dei padroni; non vi sarà che un esercizio del diritto di legittima resistenza per parte degli operai. Così la pensò anche J. J. Haus *observations sur le projet de révision du code pénal belge part.* 3, *pag.* 112. e Cosentino *pag.* 269.

§. 1616.

La ragione della differenza apparisce chiarissima a chiunque faccia risalire la nozione di questo reato

al vero ed unico principio della sua imputabilità politica, come verrò mostrando fra poco. Finchè i molti operai si concertano di non andare al laboratorio perchè aggrada loro (a modo di esempio) di fare una gita di piacere, essi sono nei limiti dell' esecizio della loro libertà naturale. L' atto è lecito in sè stesso; il fine è pur lecito; e quantunque al padrone della officina (ed anche se vuolsi al pubblico) ne derivi un danno per la inoperosità di quel giorno, l' accidentalità del nocumento non può renderlo criminoso quando codesto nocumento non fu il fine dell' atto; poichè gli operai non sono nè iloti di Sparta, nè servi romani. Tranne la specialità di particolari convenzioni (operative di puri effetti civili) nessuno può vantare il diritto di avere le cose mie ad un determinato prezzo; o la opera delle mie braccia, o della mia intelligenza per una determinata mercede, o per un lavoro che siami antipatico (1). Ma ognuno ha alla sua volta il diritto di agire liberamente secondo il piacere suo nelle proprie speculazioni. Questa libertà viene menomata quando la volontà di molti si accordi ad esercitare sulla medesima una pressione, quantunque mediante *semplice violenza morale*. Se può ammettersi la imputabilità politica dello sciopero e la legittimità della sua punizione, essa non può trovarsi in altro concetto tranne in cotesta pressione morale che deliberatamente si vuole esercitare e si esercita sull' altrui libertà. Ciò posto non ha bisogno di ulteriore dimostrazione questo secondo estremo per il quale la criminosità dell' accordo non può esistere se il medesimo non ha il preciso fine di costringere altri a fare a modo nostro contro sua voglia: di costrin-

gere cioè respettivamente i padroni a dare salari maggiori o contentarsi di minor tempo di lavoro, oppure gli operai a lavorare per meno o a prolungare le ore delle fatiche. La essenza giuridica del reato sta in questo fine.

(1) Così vidi talora in qualche città coalizzarsi tutti gli operai-falegnami alla occasione in cui sapevasi dovere aver luogo una esecuzione capitale. Essi chiusero le loro officine e si tennero latitanti per tema di essere forzati a dar mano alla costruzione del palco ferale. La obbedienza a quel nobile sentimento ancorchè manifestata per un concerto esplicito non si sarebbe potuta qualificare come criminosa, perchè non aveva il fine di vincolare la libertà altrui ma di esercitare la propria.

§. 1617.

Ho enunciato promiscuamente finquì il fatto della coalizione degli operai, e il fatto della coalizione dei padroni come due fatti che procedono di pari passo in faccia alla scienza penale. Evvi però taluno che non concorda simile parificazione. Ma in faccia al principio giuridico non vi è ragione di distinguere; o è imputabile la seconda forma, o non è imputabile neppure la prima: perchè così nell' una come nell' altra vi è il pravo fine di esercitare coazione sugli animi altrui, e d' imporre le proprie esigenze ad altri che non vorrebbe subirle; e sì nell' una come nell' altra vi è il risultato della imposizione del volere. Anzi nella coalizione dei padroni vi è qualche cosa di più crudele e tirannico che non nella coalizione degli operai. Di più il capitale che vuol dettare legge alla industria può re-

care maggiori danni politici che non la industria la quale voglia dettar legge al capitale; perchè nel primo caso si getta sulla strada un numero di operai che non hanno mezzi di sussistenza, e che dalla miseria saranno facilmente condotti nella via del delitto: laddove gli operai che abbandonano le officine per volontà loro devono essere naturalmente provvisti di mezzi di sussistenza o propri o forniti da chi l'istiga. E quando la fame li stringa cesseranno dalla presa determinazione piuttosto che darsi ad altri delitti. Sicchè nella coalizione degli operai non vi è altro pericolo sociale che il momentaneo arresto della lavorazione: laddove nella coalizione dei padroni vi ha pericolo gravissimo per una turba di gente famelica repentinamente lanciata nelle pubbliche vie. Inoltre anche per riguardo dei provvedimenti economici (i quali a mio credere sono in codesti casi migliori assai dei rigori penali) la coalizione degli operai presenta al buon governo più pronti mezzi di riparo, potendo l'autorità vigilante far venire operai dalle vicine città; mentre al contrario alla coalizione dei padroni è assai difficile che il buon governo porga immediato riparo, esigendosi a ciò capitali e stabilimenti che non di facile s'improvvisano (1).

(1) In Francia fu agitata vivamente la questione se le disposizioni del codice contro la coalizione dei fabbricanti ed operai dovessero o no estendersi anche agli speculatori di trasporti. L'affermativa sanzionata più volte dalla Corte Suprema a termini dell'art. 419, si sostenne da Wolowski nella sua dissertazione intitolata *la concurrence et la coalition*, inserita nella *Revue tom.* 10, *pag.* 367.

§. 1618.

Queste considerazioni come puramente empiriche non entrano secondo l'ordine delle mie idee nella categoria delle ragioni bastevoli alla soluzione di un problema penale: ma ho voluto notarle perchè un illustre scrittore contemporaneo, più tenero forse delle considerazioni empiriche che delle considerazioni giuridiche, ha combattuta la parificazione delle due forme di coalizione, asserendo che nella coalizione dei padroni vi è minor danno sociale di quello che sorge dalla coalizione degli operai. Io penso precisamente tutto il contrario; e ne ho già detto il perchè: ed aggiungo che anche sotto il punto di vista economico la coalizione degli operai tendendo ad aumentare la diffusione delle ricchezze, può riuscire entro certi limiti meno dannosa; laddove la coalizione dei padroni tendendo ad aumentare la ricchezza di pochi e la miseria di molti, può più gravemente osteggiare la prosperità del paese. L'illustre criminalista crede dimostrare la sua asserzione ricorrendo ai calcoli della concorrenza: ma pare a me che la concorrenza possa più facilmente porger riparo alla inazione deliberata dell' industria, che non all'inazione deliberata del capitale. Ad ogni modo ripeto che codesti calcoli non mi sembrano influenti sulla questione giuridica.

§. 1619.

Il terzo estremo di questo reato è la *esecuzione dell'accordo,* mediante lo sciopero effettivamente se-

guito o almeno incominciato ad eseguire. La maggior parte dei criminalisti e legislatori contemporanei sono uniformi nello esigere questo terzo estremo: e di qui forse n'è nato che oggidì siffatto malefizio siasi venuto denominando più volentieri *sciopero* che *coalizione*. Non vi ha dubbio che se il primo momento della criminosità dell'atto risiede nel concerto, il momento della *consumazione* del delitto non può risiedere che nella inazione effettivamente conseguita al concerto. Un accordo per quanto seriamente stretto fra gli operai nella sera, se è susseguito nella mattina dipoi dallo spontaneo ritorno degli operai alle loro officine, rimane nella categoria dei meri progetti criminosi. Non può neppure qualificarsi come tentativo, per le generali teorie del conato. Potrebbe tutto al più prendersi di mira come reato diverso sotto il punto di vista della *minaccia:* ma il progetto di scioperare non è *un principio di esecuzione* dello sciopero. Cosicchè come non è delitto lo sciopero senza accordo, non è neppure delitto l'accordo senza sciopero.

§. 1620.

Ma l'elemento di materialità susseguente all'*accordo* ed al *fine* già svolto di sopra, si deve egli esprimere con la successiva assoluta *inazione?* Possono un numero di operai concertarsi di abbandonare le loro officine: possono venire in questo accordo per il fine di costringere i loro padroni ad un aumento di salario: ma se l'accordo si estrinseca con l'andare tutti i congiurati o la maggior parte di loro ad una lavorazione *diversa,* taluno dubiterà

non concorrere il delitto di sciopero, perchè la esecuzione dell' accordo si manifesta col lavorare e non con lo stare inerte. Se peraltro verrà dimostrato che la nuova lavorazione a cui sonosi volti quegli operai sia più faticosa e meno lucrosa di quella che hanno abbandonato, ciò porrà in chiaro che gli operai non hanno agito per una speculazione di loro tornaconto immediato, ma per un odio contro i primi padroni, e per costringerne le volontà ritrose all' aumento degli stipendii. L'operaio che dice voglio lavorare per meno e faticare di più, esprime un concetto che sarebbe irragionevole senza referirlo al fine della violenza morale sui vecchi padroni: e poichè in cotesta ipotesi siffatta violenza morale viene realmente ad esercitarsi, io crederei che il delitto di *sciopero* (se deve mantenersi al rango di delitto) potesse dirsi costituito: e vedesi anche qui la influenza che esercita sulle speciali questioni la definizione del titolo. Se il delitto in questione si denomina *sciopero*, la soluzione della fatta ipotesi nel senso favorevole agli operai non ammette disputa; perchè manca la *materialità* del delitto negli operai che vanno ad un lavoro qualunque. Ma se invece il delitto si definisce *coalizione a fine di coazione*, non può per modo alcuno esigersi la inazione assoluta come estremo del malefizio: ed è mestieri dedurne che il principio di esecuzione dell' accordo si configuri bastantemente nel solo abbandono della vecchia officina per il fine anzidetto.

§. 1621.

Coloro che credono trovare l' elemento della politica imputabilità di questo reato nei pericoli che

desta nella città la presenza di un gran numero di operai senza lavoro, ravviseranno in tale considerazione un argomento che a loro parrà decisivo per avversare la mia opinione. Io però non tengo conto di siffatto pensiero: perchè fermo nel principio che non possa esservi reato dove non vi è lesione di diritto, trovo il solo possibile elemento della politica imputabilità della *coalizione* nella violenza volontariamente ed efficacemente esercitata sull'altrui libertà. Onde sotto questo punto di vista la pressione morale per la fatta ipotesi, anzichè venir meno, più veramente si accresce. Infatti i vecchi padroni potranno opporre fermezza maggiore contro le esigenze degli operai disertori quando li vedranno vagare inerti e senza guadagno, per il ragionato calcolo che il bisogno presto li riconduca al loro dovere. Ma invece codesta speranza dileguasi in quei padroni che veggono gli operai gettarsi ad un altro lavoro, che quantunque meno lucroso basta pure alle necessità dei braccianti: onde la coalizione che assuma cotesta forma esercita una pressione, una violenza morale, forse maggiore di quella che eserciti la semplice inazione.

§. 1622.

Ai dì nostri per le condizioni dei tempi si è dovuta prendere in nuova considerazione questa specie di maleficio. In Inghilterra, nel Belgio, in Francia, in Italia se ne sono occupate le aule legislative ed i dotti. Questi si sono divisi in due schiere; alcuni (come Jules Simon) hanno preso direttamente a negare la punibilità dello sciopero; altri (come Edoardo Haus nel Belgio, e il Gabelli

in Italia) hanno opinato per la legittimità della sua politica imputazione. I primi procedono dal principio che il non usare delle proprie braccia, o della propria intelligenza, o il tener morti i propri capitali, o lasciar perire le cose proprie piuttosto che venderle a prezzo vile, è un esercizio della libertà individuale non coercibile dalla legge. Scendendo poi più particolarmente allo sciopero degli operai hanno osservato che codesta forma di coalizione trovava facilmente il suo criterio di repressione penale nei *mezzi* adoperati: perchè di ordinario a siffatte coalizioni si giunge mediante minacce sui compagni, attruppamenti, o vere violenze; in una parola mediante atti esteriori che trovano sufficiente repressione penale nel titolo speciale di reato che viene per loro a configurarsi.

I secondi hanno, a parer mio, divagato soverchiamente nelle considerazioni dell' utile, non distinguendo abbastanza ciò che autorizza a provvedimenti anche energici il magistero di buon governo da ciò che si esige ad autorizzare una repressione penale. Il giure punitivo non può raggiungere l'apogeo della sua esattezza finchè non si delimitano le attribuzioni della polizia, e le attribuzioni della giustizia; e finchè codesta delimitazione non è rigorosamente osservata. Mezzo secolo addietro il giure penale correva per questa linea e progrediva ogni giorno. Oggi pur troppo si manifesta una tendenza pericolosa a riprodurre l' antica confusione, sia per la confusione del principio morale col principio giuridico (confusione che turba spesso le menti) sia per il naturale desiderio che hanno i magistrati di allargare i loro poteri ed abbattere le barriere op-

poste dalla civiltà moderna all' arbitrio loro; onde ne avviene che certi magistrati quando si fanno scrittori vengono insinuando teorie per le quali alla magistratura si vorrebbero accordati poteri di polizia, ed anche se occorre poteri legislativi (1). Ma lasciamo di ciò (chè ho detto per sola digressione e senza niente alludere ai due insigni scrittori citati testè) e torniamo alla nostra questione.

(1) Osservai in altro mio scritto che alla purità della giustizia punitiva hanno grandemente nociuto le politiche riforme introdotte in senso liberale in varii stati di Europa. Sotto i Governi dispotici la polizia dava largo armamentario ai medesimi per sostenere il potere assoluto. Quindi venne in uggia ai popoli, i quali coltala in odio, non appena poterono scuotere il giogo del dispotismo all' ombra di uno Statuto Costituzionale o di un organamento repubblicano, presero la polizia come primo obiettivo delle loro demolizioni. Ma la polizia non ha per solo ufficio la tutela del tiranno. Ha per ufficio legittimo ed utile altresì la prevenzione dei reati che minacciano la privata sicurezza. Esautorarla ed annichilirla affatto non si poteva. Di qui nacque una tacita transazione per la quale la polizia non più al soldo della tirannide si mise al soldo della giustizia criminale Funesto e snaturato connubio, generatore di pericolosissimi effetti, dei quali siamo oggi non so se io dica spettatori o vittime in Italia. Di qui lo imbastardimento della nostra procedura penale. Le arti birresche che nella dispotica Toscana portavano senza riparo lo annullamento di un processo criminale, sono oggidì divenute la base di troppi processi, e l' abitudine e l' orgoglio di parecchi giudici istruttori. I rapporti della polizia che in addietro ove fossero letti ad un pubblico dibattimento portavano la nullità del giudizio, oggi formano l' esordio e quasi la pietra angolare del processo orale in molti giudizi correzionali e qualche volta anche in faccia alle Corti di Assise. Il movi-

mento della polizia a ripigliare nei processi criminali quella potestà immensa che in altri tempi le davano le paure dei despoti, è sensibile ed evidente fra noi non meno che pauroso. E questo trae seco una confusione di idee che invade troppo spesso anche le menti degli scrittori. Ma non è più possibile una scienza penale se la facoltà di *punire* non si mantiene rigorosamente distaccata dalla facoltà di *prevenire*. Questo è il faro della libertà civile: la quale è irremissibilmente perduta, tostochè un Codice penale si converta in un Codice di polizia. Dire che lo sciopero deve punirsi per i *pericoli* emergenti da un numero di operai disoccupati non è altro che fare della polizia con la giustizia. E la santa Diva si atteggia a donna da bordello. Nè per queste parole si creda che noi vogliamo si lasci la società indifesa in faccia a tali pericoli. No: la polizia provvegga, ma come polizia, ordinandosi nel modo meglio moderato e meglio sindacabile. Ma non faccia a sè strumento la punitiva giustizia. Del resto sui limiti della punibilità dello sciopero degno di studio è l' articolo del Prof. Pietro Sbarbaro pubblicato nel Giornale *Il Panaro* n. 345 e 346.

§. 1623.

Io concordo la possibilità dei gravissimi danni sociali eventualmente derivabili dallo sciopero, o sotto l' una o sotto l' altra delle sue forme. Concordo dunque senza esitazione che il magistero di buon governo possa (ed anzi debba) provvedere nelle relative emergenze alla pubblica quiete ed alla prosperità del paese. Niente in contrario finqui. Ma quando vuolsi costringere in carcere un cittadino, sottoporlo ad un giudizio criminale, e chiedendo contro di lui una pena corporale gettarlo nella schiera dei facinorosi rinfacciandogli non una semplice *trasgressione* ma un vero *delitto;* bisogna adagiarsi

sopra un *principio giuridico*, e non contentarsi delle mere considerazioni di pubblico utile, se non vuolsi convertire il magistero punitivo in un facile strumento di tirannia. In questo principio sta il supremo baluardo delle libertà civili di un popolo. Se ammettete una volta che per rispetto ad una veduta di pubblica prosperità si possa un' azione perseguitare come *delitto* benchè non offenda i diritti di veruno, ecco là il magistero penale posto alla balia di qualunque tirannide. Le azioni o le inazioni le più innocenti benchè non lesive del diritto ed anco se moralmente lecite, si contempleranno da un economista sotto il rapporto dello influsso sulla pubblica ricchezza, e si convertiranno in delinquenze: e così si pervertirà il senso morale del popolo conducendolo ad un fatale aborrimento dalla giustizia punitiva quando la vede farsi strumento alla persecuzione di atti innocenti. Bisogna in una parola trovare la formula per la quale lo sciopero configuri la *lesione di un diritto*. Senza *lesione di un diritto* non può esistere delitto civile. Il nocumento che nasca da un fatto, ed anche la sua stessa immoralità, possono autorizzare provvedimenti di polizia, ma non danno ragione per obiettare ai loro autori, *voi siete delinquenti*. Essi avranno sempre ragione di rispondere, *delinquenti* non siamo perchè non violammo il diritto di alcuno.

Le declamazioni pertanto sulle eventualità consequenziali dello sciopero, se porgono larga materia di scrivere così ai giuristi come ai non giuristi, non fanno fare un passo alla questione giuridica della sua punibilità. Bisogna trovare nello sciopero la lesione di un diritto.

§. 1624.

Esaminato l' argomento sotto questo punto di vista l' *oggetto* del reato in questione non può trovarsi nel pubblico; perchè il pubblico non ha diritto a che io faccia il fornaio o che zappi la terra; nè ha diritto che io impieghi il mio capitale alla manipolazione delle farine, o al dissodamento dei terreni. L' *oggetto* pertanto di questo reato, se vuolsi annoverare fra reati, bisogna trovarlo nel diritto individuale dei padroni rispetto agli operai, e degli operai rispetto ai padroni. La libertà individuale che porge il più forte argomento per sostenere la impunibilità dello sciopero, fu quello invece che già forniva a Wolowski la oggettività giuridica di questo maleficio. Se la libertà individuale vuol essere rispettata, ne consegue che divenga illecito qualunque atto con cui si voglia comprimere la libertà altrui.

L' operaio che sciopera pel fine di estorcere dal padrone quel denaro che ei non vorrebbe dargli, ha intenzione di agire ed agisce realmente sulla libertà altrui. Se egli agisce con violenza fisica od anche con violenza morale consistente nella minaccia di un male effettivo, è pronto il titolo di *violenza privata:* e nessuno ne dubita, ancorchè agisca come individuo. So però agisce con quella violenza morale che esercita sull' animo del padrone la perdita di un operaio senza minaccia di altro male, il *fine* sarà pravo; ma il *mezzo* sarà inetto ed impotente, e come tale non meriterà sanzione politica finchè colui agisce come individuo. Ma se

si sforza ad unire alla sua volontà la volontà dei compagni, e questi vengono all' accordo con lui unendosi nel divisamento di esercitare una pressione sulla volontà del padrone, alla pravità del fine si aggiunge la potenza e la idoneità dei mezzi; perchè al padrone cui non fa gran paura la perdita di un operaio, fa sicuramente paura la improvvisa solitudine della sua officina, la cessazione delle speculazioni sue, la inattività repentina di uno stabilimento a caro prezzo costruito. Ciò costituisce un timore grave. Questo timore è deliberatamente incusso dai congiurati. È incusso pel fine d' incatenare l' altrui libertà. Vi è dunque subiettivamente ed obiettivamente un attacco alla libertà individuale. Ma non ogni offesa che rechisi dall' uomo che corre in cerca dell' utile proprio alla libertà dell' altro uomo, esaurisce sempre tali caratteri politici da meritare che se ne faccia un delitto. Quindi anche dopo fatta con la più acuta analisi la rigorosa ricerca della lesione giuridica che può essere nello sciopero si rimane sempre incerti se veramente si abbiano nella figura semplice di questo fatto elementi bastevoli per sottoporlo a pena.

§. 1625.

Quando però lo sciopero abbandoni la sua figura semplice, ed offra la complicanza di una criminosità incidente, come la minaccia o la violenza privata, non può essere dubbia in allora la sua punibilità, quantunque in tale ipotesi tuttavia rimanga sotto diversa forma nella classe dei delitti contro la libertà individuale. Lo stesso con più sicurezza si deve

dire quando in ragione della più estesa obiettività esca da questa sua classe per far passaggio come violenza pubblica nella serie dei delitti contro la pubblica tranquillità. Quando il timore s' incute da molti su molti, la libertà di molti viene a comprimersi dall' azione dei molti: siamo tosto nei termini netti della pubblica violenza, sicchè il fatto dello sciopero quando da un codice non sia contemplato come delitto speciale troverà sempre congrua punizione o come violenza pubblica, se avrà cagionato disordini, attruppamenti o tumulti; o come minaccia, o come lesione, o come violenza privata, quando tali siano stati i mezzi adoperati per indurre i compagni allo sciopero. Ecco le irrecusabili osservazioni con le quali si combatte la convenienza di questo titolo di delitto, perchè quando è semplice non ha importanza politica, e quando per poco assume importanza politica trova pronto in quelle circostanze che gliela danno il modo di essere represso.

§. 1626.

Se trascurate nella questione il punto di vista della pressione volontariamente esercitata sulla libertà dei padroni, e respettivamente degli operai; se andate accattando le ragioni della sua punibilità nella eventualità di commozioni o di danni al commercio od alla industria, voi divagate dal campo giuridico, e vi trovate necessariamente condotti o a gettarvi nella falsa e pericolosa dottrina dell' utile, o a sottoscrivervi alla negazione assoluta di ogni punibilità dello sciopero semplice. Sicchè in conclusione, o bisogna dire che questo non è delitto, o bi-

sogna trovare l' elemento giuridico della sua criminosità nella pressione esercitata respettivamente sul padrone o sugli operai.

§. 1627.

Ma oggidì prevalo appo molti la più liberale opinione: la quale considerando nella pressione morale esercitata sui padroni o sugli operai un mero fatto consequenziale al legittimo esercizio dell' attività umana, non ravvisa delitto nello sciopero quando non sia procurato con mezzi che siano criminosi in loro stessi.

La legge francese del 25 maggio 1864 con notevole innovazione (1) ha riconosciuto il libero diritto di coalizione nelle industrie. Non ha voluto codesta legge apertamente proclamare il libero esercizio del diritto di coalizione, ma ha evidentemente sanzionata cotesta libertà con abrogare gli art. 414, 415, 416 del codice penale, e col non minacciare pena contro la coalizione tranne quando sia accompagnata da violenza o da frode.

Così ricostruita la nozione di tale reato nelle sue basi fondamentali, è intuitivo che ai tre estremi discorsi di sopra se ne dovrebbe aggiungere un quarto consistente nei mezzi. Ed è pure manifesto che si è venuto a cambiare la oggettività del reato, cosicchè spesso coloro che sotto l' antica nozione sarebbero stati agenti nel reato possono venirvi ad assumere la diversa figura di soggetti passivi.

(1) La punibilità della coalizione industriale indipendentemente da qualunque criminosità speciale derivante dai mezzi

o dai risultamenti, si accettò dai seguenti codici — codice Spagnolo art. 461, il quale presenta una specialità modificando la pena di questo reato secondo che si eseguisca in una città la quale contenga una popolazione maggiore o minore di diecimila anime — codice Bavaro del 1813, art. 415 — codice Austriaco del 1852, §. 479, 480, 481 — codice Parmense art. 481, 482, 483. Il codice penale Francese del 1810 distingueva fra coalizione di *padroni* (art. 414) e coalizione di *operai* (art. 415). La pena dei primi era più severa di quella dei secondi, ma la nozione della criminosità era più ristretta per i primi; poichè l' art. 414 esigeva alla punizione del concerto fra i capi di officina, che il medesimo fosse fatto *abusivamente* ed *ingiustamente;* lo che apriva alla apprezzazione del giudice sul conto della imputabilità un campo che era interdetto rapporto alla coalizione degli operai, la quale per conseguenza di siffatta discretiva veniva a dirsi punibile ancorchè non fosse stata nè *ingiusta* nè *abusiva.* La legge del 27 novembre 1849 fece sparire questa differenziale, non già con estendere dai padroni ai lavoranti il benefizio della causa ragionevole, ma con estendere invece dagli operai ai padroni il rigore della inflessibilità, e parificare la penalità in ambo i casi: e così fu data balìa al giudice di condannare l'operaio ad una multa di diecimila franchi, a cui non bastava a far fronte il guadagno di tutta la vita. Dopo questa legge la giurisprudenza stabilì che non vi era ragionevolezza di motivo, nè innocenza di mezzi che valessero ad esimere dalla punizione: Corte di Cassazione 24 febbraio 1859. Non è però vero in tutta la estensione del termine che la nuova legge di Francia non tenga in alcun conto la *coalizione.* Essa (come acutamente osserva Batbie) non è più un delitto di per sè stante, ma influisce come circostanza aggravante sulla pena della minaccia, della violenza, delle vie di fatto, e delle manovre frodolenti. Sul modo col quale si è proceduto in Francia nella interpetrazione di questa legge è interessante a vedersi l' *art.* 8187 del *Journal Criminel* di Morin, e l'*art.* 8411, e l' *art.* 9233.

§. 1628.

Al momento che la coalizione non è per sè stessa delitto, ma lo diviene soltanto quando fu procurata con violenza o con frode, sorge questo singolare resultato che può essere ritenuto colpevole chi non era operaio e che non si è coalizzato, mentre possono non esserne colpevoli gli operai coalizzati. Suppongasi che alcuno (quantunque non operaio o capo di officina) per pravi suoi fini con frodi o violenze abbia condotto un numero di operai allo sciopero. Parmi evidente che gli operai vittime di quella frode o di quella violenza non siano colpevoli, sebbene la materialità dello sciopero siasi scientemente eseguita da loro. Stando la criminosità soltanto nei mezzi, l' autore del delitto è il terzo che tali mezzi dolosamente adoperò sebbene in quanto a sè non abbia materialmente eseguito lo sciopero; e gli operai innocenti non sono che un cieco e passivo strumento della sua malvagità.

Essi non sono gli autori della frode o violenza, in cui sta il delitto, ma l' hanno invece subita; e sarebbe assolutamente contradittorio che quando il delitto si fa consistere nell' inganno o nella incussione del timore, si dichiarasse partecipe del delitto stesso l' uomo ingannato od intimorito. Non è che in questo caso sorga a pro dell' ingannato o dell' intimorito una scusa. È invece, a parer mio, che in lui viene a sparire la figura di *agente*. Egli partecipa materialmente al delitto, ma in quel modo in cui vi partecipa qualunque persona che ne sia soggetto passivo. Vi prende parte come una materia-

lità indispensabile a completare la figura giuridica del reato, ma non per dividerne la responsabilità.

§. 1629.

Il concetto savissimo che dopo tanta lotta ha trionfato in Francia aveva già ricevuto fino dal 1853 sanzione legislativa dal codice Toscano all' art. 203: ove espressamente dispone non bastare ad incorrere la pena che tre o più operai abbiano cessato dal lavoro, ma bisognare di più che *abbiano usato violenza* per farne cessare i compagni, od impedire ad altri di intraprenderlo. Il pensiero di Giulio Simon; il pensiero cui si era ispirato il celebre atto del parlamento inglese del 1859, abolitivo delle precedenti leggi contro le cospirazioni di operai; il pensiero che il delitto vero non stia qui nel fine ma eventualmente nei mezzi; già erasi riconosciuto in Toscana dieci anni prima che ottenesse il suo riconoscimento in Francia. Il codice Sardo però, che agli articoli 385 a 388 aveva indistintamente proclamata la punibilità della coalizione, copiando con tutta obbedienza gli analoghi articoli 414 e 415 del codice Francese del 1810, trovasi adesso in disaccordo col codice fratello e abbandonato dal suo maestro.

CAPITOLO VI.

Apertura di lettere.

§. 1630.

Il pensiero è il primo momento della libertà interna dell' uomo: la parola è il primitivo momento

della libertà esterna come primo organo della estrinsecazione del pensiero. Nell' uomo culto succede a questa spontanea estrinsecazione la forma artificiale della scrittura. Mercè la parola soddisfa l' uomo alla innata aspirazione di affetto verso il suo simile, e comunicando i pensieri suoi alla creatura che gli sta vicina raggiunge il contatto delle anime che è il sommo bene su questa terra. La scrittura allarga la sfera di questo godimento dandoci balia di conseguire quell' agognato contatto anche con chi trovasi per grande spazio segregato da noi. Restringe dunque la libertà umana non solo chi osteggia la formazione del pensiero e il suo estrinsecarsi con la parola, ma eziandio chi osteggia in qualunque modo la corrispondenza epistolare tra uomo e uomo. Ora nella comunicazione del pensiero tra due esseri che sono legati per mutuo affetto o per mutuo interesse si esige spesso alla sua libera evoluzione la condizione del segreto, perchè molte cose che si comunicano al conoscente o all' amico non si vorrebbono note all' estraneo, anche prescindendo da qualsisia riguardo di pecuniario interesse o di onore che possa esservi compromesso. Talvolta la cura di questo segreto spingesi alle più gelose precauzioni; e di qui la diligenza nel suggellare le lettere, o nel consegnarle ai veicoli più sicuri; di qui l' antipatia che si desta nei popoli avverso certi governi che paurosi di tutto trovano ragione di stato nel fiutare per le lettere dei cittadini. E chiunque caduto in siffatte condizioni abbia udito ripetere, non ci è più libertà nessuna, neppur di scrivere perchè ci aprono le lettere (1), si persuaderà facilmente che se deve elevarsi a delitto la indebita apertura di lettere altrui,

la sede di tale delitto non può essere altrove che nella classe dei reati contro la libertà personale (2).

(1) Cicerone fino dai suoi tempi manifestava tanto interesse nella conservazione del segreto delle lettere familiari che proclamava colpevoli di lesa umanità anco quei medesimi ai quali erano dirette se le avessero imprudentemente propalate (*philip.* 2, *cap.* 4) — *At etiam literas, quas me sibi misisse dicit, recitavit homo, et humanitatis expers, et vitae communis ignarus. Quis enim unquam, qui paullum modo bonorum consuetudinem nosset, literas ad se ab amico missas, offensione aliqua interposita, in medium protulit, palamque recitavit? Quid est aliud tollere in vita vitae societatem? tollere amicorum colloquia absentium? quam multa joca solent esse in epistolis, quae prolata si sint, inepta esse videantur? quam multa seria, neque tamen ullo modo divulganda? sit hoc inhumanitatis tuae.*

(2) Il codice Prussiano trovò nel reato di apertura di lettere una certa *anomalia*, per cui ne fece una classe mista che nel suo modo di vedere fluttuava in certa guisa fra le offese alla *persona* e le offese alla *proprietà:* Schutze *Lehrbuch* §. 102, *pag.* 503. Questo concetto fu imitato dal nuovo codice dell' Impero Tedesco ai §§. 299, e 300 dove anzi la classe anomala fu allargata includendovi con l' art. 300 eziandio il delitto di rivelazione di segreti, ed altri. Io non credo su questo punto dovere abbandonare le tradizioni della scuola Toscana.

§. 1631.

Questo delitto non è di creazione moderna: cadde in veduta anche degli antichi criminalisti e legislatori. Già Ulpiano alla *l. 1*, §. *38. ff. depositi* aveva opinato potersi dare l' *actio injuriarum;* e Marciano alla *leg. 1*, §. 5, *ff. ad leg. Corneliam de falsis* nel fatto di colui che avesse aperto il te-

stamento di un vivo (1) aveva ravvisato un delitto di falso. Sull' argomento di cotesta legge e della *leg. 6, ff. eodem*, i dottori insegnarono che chi apriva le lettere altrui si rendeva colpevole del delitto di *falso:* e questo modo di vedere si accettò dalla costituzione criminale Carolina, che all' art. 112 dispose doversi punire come *falso* l' apertura delle lettere altrui. Così venne generalizzandosi l' applicazione di cotesto titolo al fatto di *apertura di lettere* (2). Se non che i dottori per una certa loro equità cerebrina insegnarono doversi distinguere: se colui che aveva rotto i sigilli alle lettere altrui le aveva divulgate nel pubblico, dicevasi reo di falso; ma se invece dopo averle egli lette a sfogo della sua curiosità le avesse richiuse senza farle ad altri palesi, dissero non trattarsi che di semplice stellionato. Che l' apertura di una lettera possa degenerare in falso quando sia mezzo alla *soppressione* di un documento non mettesi in dubbio neppure oggidì: ma questo non è il caso ordinario che qui si contempla.

Il caso nella sua forma ordinaria non ha niente che arieggi al *falso,* e non può trovar sede conveniente che nei delitti contro la libertà individuale. Non bisogna nel definire la classe di un delitto fermarsi ai casi *complicati,* altrimenti non vi è più ordine possibile. Anche per noi la violazione di lettere può assumere il titolo di *falso* — 1.° quando sia stata seguita dalla soppressione; nella quale ipotesi è chiaro che sorge il *falso per soppressione* — 2.° quando dopo aperta la lettera si richiuda, e si rinnovi il sigillo falsificandolo: nella quale ipotesi si avrà la *falsificazione di sigilli* — 3.° quando la let-

tera siasi intercettata per farvi qualche rasura e darle un senso diverso: e forse in altre ipotesi che ora non mi si presentano alla mente, e che furono probabilmente le ipotesi contemplate dai giureconsulti romani quando richiamarono questo titolo sotto la legge Cornelia *de falsis*. Ma qui noi esaminiamo il caso semplice, che è l'unico nel quale il fatto rimanga sotto il presente titolo. E questo titolo speciale trovasi oggi in parecchi codici penali (sebbene in alcuni di loro (3) siasi malamente definito e circoscritto) dappoichè i legislatori dei popoli culti non hanno esitato a riconoscere che lo aprire e leggere una lettera diretta ad altri deve punirsi come delitto; perchè ciò che offende la libertà civile quando facciasi dal governo, offende la libertà individuale quando facciasi dal privato. Importa dunque definire i criterii di questo titolo di maleflzio.

(1) Contro l' apertura indebita delle tavole testamentarie di un vivente trovasi una speciale disposizione nelle leggi dei Visigoti. Vedasi Georgisch *corpus juris Germanici antiqui*; *lex Wisigoth. lib.* 7, *tit.* 5, *n.* 4, *colon.* 2066 — Walter *corpus juris Germanici antiqui, tom.* 1, *pars* 2, *pag.* 571

(2) Bibliografia — Deciano *tract. crim. lib.* 7, *cap.* 17, *n.* 46 — Bavo *de reatu pag.* 296 — Damhouder *praxis crim. cap.* 124, *n.* 19 — Farinaccio *quaest.* 150, *pars* 4, *n.* 123, 129, 130 — Menochio *de arbitrariis vol.* 2, *cas.*538, *n.* 7 — Bartolo *in l.* 2, *ff. de falsis* — Anton Mattheo *ad lib.* 48, *ff. tit.* 7, *n.* 7 — Vivio *decisiones lib.* 1, *dec.* 62 — Guido Papa *decis.* 233, 579, *n.* 5 — Nicola de Passeribus *de privatis scripturis lib.* 3, *quaest.* 2, *n.* 4 — Vonhornight *de jure postarum cap.* 13, *theor.* 28, *n.* 5 — Claro *l.* 5, *sentent.* §. *falsum*,

n. 33, *fol.* 343 — Bajardo *ad Clarum lib.* 5, §. *falsum n.* 213, *et seqq.* — Langleo *semestrium lib.* 8, *cap.* 12, *pag.* 569 — Colero *decisiones dec.* 179, *n.* 14, *pag.* 485 — Thomingio *dec.* 34 — Hoeping *de jure sigillorum cap.* 14, *n.* 40, *et seqq.* — Boehmero *medit. in C. C. C. pag.* 386 — Clasen *comment. in C. C. C. pag.* 347 — Kress *ad C. C. C. pag.* 324 — Lyncker *dec.* 1523 — Hommel *rhapsodiae obs.* 321, *n.* 1 — Puttmann *elementa jur. crim.* §. 533 — Mullero *promtuarium, verbo falsum, n.* 24 *et* 25 — Caravita *instit. crim. tom.* 2, *pag.* 627 — Renazzi *elementa jur. crim. vol.* 4, *pag.* 401 — Ala *foro criminale vol.* 5, *pag.* 298 — Puccioni *comment. vol.* 4, *pag.* 646.

(3) Il codice Francese ha per suo carattere fondamentale (ed lo dico per suo vizio radicale) l'empirismo e il materialismo. Il suo difetto costante è quello di definire le nozioni dei singoli reati, e determinarne le classi sul criterio di certe *materialità subiettive* senza mai contemplare *la obiettività giuridica* del fatto, la quale è *la unica ragione vera* della sua criminosità e della sua punibilità. In tal guisa si disconosce la scienza; o si conosce soltanto per manometterla e comprimerla sotto il capriccio del legislatore. L'ultimo risultamento di questo sistema è la generazione di una infinità di questioni perplesse nella pratica, ed una iniqua distribuzione di penalità. Questa confusione che in cento luoghi si riproduce in quel codice selvaggio (che Carmignani giustamente disse dono funesto fatto all'Italia dalle baionette Francesi) si presenta sensibilissima anche nell' argomento attuale. L'art. 187 unisce in una sola nozione criminosa la *apertura* e la *soppressione* di lettere, dimenticando che non è dato neppure alla potenza di un Imperatore di unificare le cose eterogenee. In obbedienza a quell' articolo, la Corte di Orleans (Morin *art.* 9059) con sentenza del 5 luglio 1870 ha dovuto giudicare il caso di soppressione di circolari mercantili stampate e diramate mediante la Posta, non suggellate e sotto semplice fascia: ed ha stabilito che sebbene in

ordine a tali circolari non potesse trovarsi il delitto di *violazione di segreto epistolare*, poteva però riconoscersi il reato previsto dalla lettera dell' art. **187.** Ed era bene una necessità che in Francia si decidesse così. Ma in tal guisa il concetto giuridico di questo reato, che è la *protezione del segreto epistolare*, non solo è posto da banda ma è diametralmente contradetto. Le *circolari* dei negozianti non hanno bisogno del segreto: tutto all' opposto, il segreto e l' occultamento ne distrugge il fine; la vita attiva delle medesime è la pubblicità. Chi si impossessi di una di tali circolari, e ne moltiplichi numerosi esemplari, e questi dirami più in largo che può anche all' insaputa dei mittenti, non commette reato, egli fa opera benefica al privato ed al pubblico. La offesa al diritto non consiste dunque nello invadere cosa che altri voleva consegnata al segreto confidenziale; consiste invece nel rendere occulta e segreta cosa che altri voleva rendere notoria al pubblico quanto più si poteva. Se una casa di commercio intraprende una nuova speculazione e ne divulga la notizia alle piazze estere onde avere commissioni e lucri, gli emuli che vogliono uccidere l' intrapresa nascente pigliano per loro strumento il segreto non per discoprirlo (che troppo ne sanno) ma per farsene mezzo al nocumento altrui cacciando fra le tenebre ciò che gli offesi avevano diritto ed interesse che si recasse alla luce, e che alla luce volevano portare mediante quelle circolari. Cosa sono questi fogli? Sono *documenti privati* i quali hanno per scopo di attestare a persone lontane un *fatto vero* che si compie in una città da una data casa di commercio, la quale per trarre da quel fatto le utilità e vantaggi che formano la sua destinazione e la speranza sua, ha bisogno di portarlo quanto più può a notizia del pubblico. La libertà personale di quell' intraprenditore non è niente violata (tranne per *incidens)* da chi intercetta quelle circolari e le distrugge. L' obiettivo principale del reato è la *verità* che si vuol rendere ignota; è il *patrimonio* dei mittenti che si vuole privare di un lucro al quale essi avevano diritto ed al quale era mezzo ne-

cessario la circolazione di quei fogli: e ciò o per animo di nuocere o per animo di locupletarsi. In simili fatti si hanno dunque tutti i caratteri soggettivi ed oggettivi di un reato punibile; ma è un reato che svolge esattamente i criterii del *falso documentale per soppressione* (da noi descritto a §. 3651) e non ha niente che fare con la libertà individuale, nè con lo interesse di serbare un segreto. Dove si facesse una classe speciale di malefizi intitolata *delitti contro il commercio* (classe che noi per buone ragioni crediamo superflua, ed anzi nocevole alla chiarezza) il fatto suddetto potrebbe trovarvi sede senza errore, come potrebbe trovarvi sede il fatto di chi strappasse dalle mura della città un manifesto commerciale legittimamente affisso per relativa notizia al pubblico. Ma la classe speciale dei reati contro il commercio non porterebbe che ad uno di questi due inconvenienti, o lacune pericolose o necessità di ripetizioni noiose. La soppressione di un documento non desume la sua essenza criminosa dalla indole commerciale o non commerciale del documento. Ciò potrà offrire un criterio *misuratore* non un criterio *essenziale* del reato. Se io non commerciante invio ad un mio agente di campagna una lettera contenente ordini relativi a cosa da farsi di massima urgenza e pericolo, il mio nemico che informato di ciò al pravo fine di nuocermi intercetta la lettera e la getta in un fiume, non offende il commercio, non apre lettere, non discuopre segreti; ma non pertanto verificatosi il danno è repugnante che si dichiari immune da ogni penale responsabilità. Ma il titolo di reato col quale si reprime siffatta nequizia e si antiviene a simili danni è (secondo la dottrina Toscana) ovvio, tutto logico, esattissimo e sufficiente. È il titolo di *falso per soppressione di documento privato*. Sulla dottrina Francese vedasi anche Morin *art.* 9036.

§. 1632

Evidentemente non possono incontrarsi grandi difficoltà nello studio di questo reato. Per ciò che

attiene al suo elemento materiale potrebbe parere a prima vista che il delitto avesse la sua consumazione nella *lettura*, e non nella sola *apertura* della lettera. Ma non è così, perchè quando la lettera è stata aperta la offesa alla libertà è già consumata mercè la violazione di quella carta che conteneva il deposito dei nostri pensieri. Anzi non è neppure estremo indispensabile l' apertura quando le carte non fossero state chiuse o suggellate: ed in tale ipotesi l' elemento materiale sta nello essersi il colpevole *impossessato* (1) del foglio col fine di conoscerne indebitamente il contenuto. La sola lettura di carte consegnate aperte, quando si faccia dal consegnatario, quantunque sia una imprudente offesa alla civiltà non può punirsi come delitto, per la mancanza di ragione politica; dovendo chi le consegnò aperte rimproverare a sè stesso se male collocò la propria fiducia: ma questa ragione non vale quando non fu il consegnatario del foglio quegli che inurbanamente lo lesse; ma fu un estraneo che per violenza o per frode, od anche profittando della inavvertenza del portatore, se ne impossessò pel fine di spiarvi i segreti altrui.

In quanto all' elemento *intenzionale* non è necessario che intervenga un fine di avidità, o di denigrare l' onore altrui, o in una parola il fine di nuocere. Anche il solo soddisfacimento di una puerile curiosità è pravo e meritevole di repressione quando si ottiene con un mezzo arbitrario in onta al diritto altrui.

(1) La Corte di Nimes 17 febbraio 1853 dichiarò punibile con la galera il privato che col mezzo di falsa chiave

aveva sottratto una lettera (sebbene non contenente valori) da una cassetta postale. L' argomentazione è semplicissima: Una lettera è un oggetto di proprietà privato: dunque chi ruba una lettera mediante falsa chiave è reo di un furto qualificato. Tenuto fermo il principio prevalente in Francia che niente influisca sulla essenza del furto la maggiore o minore valuta della cosa sottratta, l' argomentazione della Corte di Nimes non ammette risposta. Ma ben diverso giudizio dovrebbe emettersi tra noi poichè abbiamo l' articolo speciale che prevede il caso dell'*impossessamento* arbitrario di lettera altrui, e ravvisandovi il titolo di *violazione di lettere* interdice (quando non trattisi di lettere contenenti valori o documenti) di ravvisarvi il titolo di furto o di falso. Il *modo* per quanto odioso col quale sia avvenuto l' impossessamento (scasso, chiave falsa, scalata) quantunque se fu mezzo di un furto valga a qualificarlo, non può fare nascere la nozione del furto dove non è. E la nozione del furto non può mai adattarsi al caso semplice della sottrazione di lettera con qualsisia mezzo eseguita, perchè del furto manca il primario elemento cioè l' animo di *lucrare* sulla cosa che si sottrae. Sia pur vero che anche un foglio di carta ha un valore e che anche la sottrazione di un valore minimo esaurisce i termini del furto; ciò non basta dove non intervenne la veduta di impossessarsi della cosa altrui come di cosa venale,

§. 1633.

La configurazione della colpa in questo maleficio non trova elementi per la sua imputabilità. Troppo è facile ad accadere anche all' uomo il più prudente di aprire una lettera cadutagli fra mano senza fare avvertenza allo indirizzo: e quando colui che trovossi in tale emergente, appena accortosi dello sbaglio, ritorni la lettera alla sua direzione (1) non può essere imputabile di delitto, quantunque ne sia

avvenuto che egli abbia acquistato conoscenza di qualche segreto altrui; e neppure il messaggiero potrà essere incriminato per l'equivoco involontario nella consegna. Si può ammettere che in questo reato il suo dolo si esaurisca nel solo fine della curiosità senza intendimento di nuocere, ma non si può ammettere la punibilità della colpa: Farinaccio *de fals. quaest. 150, pars 4, n. 129, 130*. Può per altro complicarsi anche questo caso se l'apertura fatta per disavvertenza sia susseguita da una indebita ritenzione per un intervallo di tempo, o da una propalazione maligna del segreto accidentalmente scoperto. Allora non potrà già dirsi che s'imputi la colpa: ma piuttosto si dirà che il successivo contegno darà argomento di credere che ei non agisse per mera disavvertenza ma per una colpevole curiosità.

(1) In questo reato facile ad incontrarsi è la scusa *dello errore*. Lo allega chi aprì la lettera dicendo di averlo fatto inavvertentemente per equivoco di nome o simile casualità.

Contemplarono i giuristi questa specialità ed insegnarono che simile scusa dello errore allora soltanto valesse a togliere la imputazione quando la lettera si fosse tosto richiusa e tenuta occulta. Che se invece si fosse letta anche dopo scoperto l'errore e se ne fosse divulgato il contenuto, cessa affatto ogni scusa: Dorn *de resignatione, avulsione et turbatione sigillorum* §. 25, e cita lo Strykio *dissert. de cerarubra cap 4, num. 64*.

§. 1634.

Le sunnotate circostanze che niente influiscono sui criterii essenziali del malefizio possono per altro essere valutabili, ora come criterii *misuratori* della

sua quantità, ora come degradazioni delle forze soggettive (1). Così la *quantità naturale* del reato si aumenterà secondo la maggiore o minore importanza della carta carpita od aperta, e secondo i possibili risultati dannosi o gli effettivi pregiudizi che ne siano derivati. E sulla sua *quantità politica* influirà il modo col quale il delinquente giunse a conoscere il segreto altrui. Laonde se la lettera era chiusa e il colpevole ne consumò l' apertura, il delitto anche per le disposizioni del codice Toscano si considera come più grave di quello nol sia se consistè nel solo impossessamento arbitrario di una carta aperta. Nella prima forma non varia rispetto alla seconda il danno immediato, che è sempre identico; ma si modifica il danno mediato per la solita ragione della minorata potenza della difesa privata. Così appellano alla quantità politica del malefizio le condizioni personali del colpevole; aumentandosi il danno mediato se il delitto è commesso da qualcuno che eserciti l' ufficio di procaccia in quei paesi nei quali la vantata protezione della libertà delle industrie e del commercio non ha ancora consigliato la proibizione di cotesto uffizio tanto giovevole al pubblico. La *fiducia* nel procaccia è *necessaria*, mentre in altri è *volontaria*. Vi è dunque minore potestà di difendersi contro la slealtà di quello che non contro altri.

(1) Un caso specialissimo nel quale può trovarsi una ragione di completa scusa alla arbitraria apertura di lettere si è quando la lettera contenesse ordini pericolosi e dannevoli al portatore. A queste lettere dettero gli eruditi il nome di *lettere bellerofontee* (per allusione alla nota favola di Bel-

lerofonte): il Loefler nella sua elegante dissertazione *de literis bellerophonteis*, *Lipsia* 1690, esaminando (§. 29 *et* 30) la questione, sostenne che tale apertura di lettere fosse moralmente e giuridicamente lecita, *quia facta ut suae saluti consulat*. Da questa osservazione apparisce che la deduzione del moderame e dello stato di necessità possono utilizzarsi anche nel presente malefizio.

§. 1635.

Si degraderà la forza morale soggettiva del dèlitto se l'apertura della lettera non fu commessa per animo ostile o per fine malvagio, ma solo per leggerezza e curiosità (1). E degraderassi più ancora sino al punto di far cessare ogni responsabilità penale se una causa di legittimo interesse avrà condotto alla violazione. Nessuno vorrà per certo incriminare un padre od un marito se per cagione di sindacato morale abbia perquisito le carte del figlio o della consorte: come neppure il padrone che per ragionevoli sospetti abbia voluto verificare con siffatto mezzo la fedeltà di un suo sottoposto. Vi sono delle situazioni morali che quantunque non calcolate nella lettera della legge forzano la equità del giudice a declinare l'austerità di un divieto sebbene dettato con formule generalissime (2).

(1) L' Antonio Matteo (*de criminibus ad lib.* 48, *ff. tit.* 7, *n.* 5) notò come interessantissima cotesta distinzione fra l'apertura per mera curiosità, e l'apertura delle lettere operata per fine di nuocere. Deve però avvertirsi che quando il fine di nuocere includa la lesione di un diritto nella quale potrebbe configurarsi un malefizio speciale sorge allora l'im-

portante problema del tentativo. Dipenderà dalle particolari circostanze del caso determinare se la sorpresa della lettera costituisca un principio di esecuzione del maggior delitto che si voleva comettere. E quando ciò sia, il fatto dell' apertura delle lettere verrà ad essere assorbito nella pena maggiore da darsi al tentativo giusta la nota dottrina della prevalenza.

(2) Questa verità parve essersi riconosciuta anche dalla Corte di Cassazione di Francia in un suo decreto del 12 giugno 1823, ove in termini generali si stabilì che un conjuge il quale avesse sorpreso una lettera amorosa della propria moglie e l' avesse prodotta in un giudizio di adulterio instaurato contro la medesima non era incriminabile per codesti fatti. Laonde il Bedel *(de l' adultère pag. 49)* osservò doversi giudicare diversamente se il marito avesse sorpreso non le lettere della moglie, ma le lettere scritte dal drudo ad un terzo suo amico. Vedasi ciò nondimeno la nota seconda al §. 1636. La teorica del moderame di incolpata difesa è dessa applicabile a pro di un imputato per apertura di lettere? I pratici lo sostennero per dare ragione al governo che apriva le lettere dirette ai ribelli ed ai cospiratori: Bürgers *singularium observationum Centuria* **2**, *observat.* **95**. Ma se questo delitto per la necessità della difesa si vuole legittimare in un caso bisognerà bene legittimarlo in ogni altro caso dove ricorra identità di ragione, se è vero che la giustizia sia eguale per tutti.

§. 1636.

Il codice penale Toscano ha considerato che della gravità di questo delitto il primo giudice debba essere lo stesso offeso, e perciò lo ha dichiarato perseguitabile a sola querela di parte (1). Ha poi tenuto conto dei suoi vari criterii misuratori, minacciando — 1.° la pena della multa fino a trecento lire e la riprensione giudiciale, o nei casi più gravi la

carcere da otto giorni a tre mesi (art. 364) quando trattisi di apertura di lettere sigillate — 2.° la pena della multa fino a centocinquanta lire e la riprensione giudiciale (art. 365) se il delitto consistè nell' impossessarsi fraudolentemente di carte aperte — 3.° la pena del carcere (§. 2 dell' art. 364) da uno a sei mesi, se l' apertura arbitraria di lettere sigillate sia commessa da chi porta lettere per mestiere, o questi l' abbia concessa ad altri — 4.° che se tale apertura fosse eseguita da un impiegato postale (2) si punisce (art. 193) con la interdizione dal pubblico servigio fino a cinque anni. Qui si ripresenta la solita questione, che in tante altre occasioni abbiamo trattato, circa la comunicazione ai complici delle *aggravanti* desunte dalle *qualità personali* dell' autore principale. Noi abbiamo sempre opinato per la non comunicabilità. E in questo luogo ci pare che il codice Toscano abbia sanzionato la nostra opinione; poichè nell' apertura eseguita dall' impiegato postale decreta una pena *propria* che è impossibile infliggere all' estraneo istigatore dell' impiegato.

(1) Il codice Toscano subordinando il procedimento contro questo delitto alla *querela di parte*, non specifica a quale delle *due parti* spetti la querela, se cioè allo scrivente o al destinatario della lettera. La questione potrebbe assumere importanza quando uno dei due desse la quietanza, e l' altro negasse di darla. Potrebbe a taluno sembrare che la questione dovesse risolversi, concedendo la querela tanto all' uno quanto all' altro indipendentemente; e ciò per argomento dal testo in *leg.* 1, §. 39 *ff. depositi* — *nam interest eorum eo quod teneantur*. Ma il dubbio può dirsi risoluto da un frammento delle leggi romane. I romani dando in qualche caso l' *actio*

furti contro chi s' impossessava delle lettere altrui, Ulpiano alla *l.* 14, §. 17, *ff. de furtis* cercò se l' azione di furto competesse al *mittente* della lettera, oppure al *destinatario*, oppure al *messo* che avevala in sua consegna, e dalle mani del quale fosse sottratta. Egli considerò due distinti punti di vista: il *possesso*, e lo *interesse*. In ragione del possesso osservò che il *mittente* non aveva ancora trasferito il possesso nel *destinatario*, e perciò parve negasse l' azione al destinatario, facendo eccezione soltanto pel caso in cui la lettera fosse consegnata a persona che avesse facoltà di acquisire il possesso al destinatario, come se fosse stato un suo procuratore od un suo servo. Cosicchè per questo frammento parrebbe di regola spettare l' azione al mittente finchè il destinatario non ha quesito il possesso o col proprio corpo, o col corpo di un suo rappresentante. Questo frammento generò difficoltà appo gli interpetri quando fu posto a contatto col responso di Labeone alla *l.* 65, *ff. de acquirendo rerum dominio*, dove si ricorda la divergente opinione di Paolo. Tale controversia fu latamente esornata da Ortega *Pithanon Labeonis pag.* 389 *et pag.* 399, dove con la conciliazione del due frammenti si completa la teorica. Col principio dello *interesse* Ulpiano scioglie il dubbio rispetto al messo; al quale non dà l' azione tranne quando egli avesse un interesse proprio nella consegna della lettera; lo che esemplifica nel pericolo assunto, nella mercede da conseguire, o nella lettera che portasse l' ordine di dare o fare qualche cosa a profitto del portatore.

(2) Questo caso speciale è nel codice Francese previsto all' art. 187, e punito di pena pecuniaria e con la interdizione temporaria del servigio. Non sembra però che quel codice contempli l' apertura di lettere commessa dai particolari. È però notabile una disputa insorta recentemente in Francia ad occasione di questo articolo, e che ha dato motivo ad una dotta dissertazione di Morin *Journal criminel n.* 7892, *vol.* 36, *pag.* 289. Nel codice penale Francese (art. 254, e 255) si punisce respettivamente della reclusione e della

galera sotto il titolo di rottura di sigilli chiunque abbia sottratto carte consegnate ad un pubblico' deposito. Ciò diede occasione di sostenere che anche le lettere nell' uffizio postale essendo carte consegnate ad un deposito pubblico, la loro sottrazione dovesse esser passibile di galera o di reclusione. Contro tale assunto insorsero diversi criminalisti osservando che la specialità derogava alla generalità, che le lettere alla posta non erano carte depositate per conservarsi ma consegnate per mettersi in circolazione, che l' uffizio postale non era che l' amministratore di una speculazione; che se nella lettera vi era un valore poteva trovare repressione sufficiente nel titolo del furto. Queste ed altre solidissime riflessioni furono vane. L' Avvocato Generale Charrins' fu inesorabile. Trattavasi di un marito il quale sognandosi di fare il geloso si era introdotto entro l' uffizio della posta, e portata la mano sopra una lettera della moglie diretta ad un giovine signore, se l' era portata via malgrado i reclami del commesso di uffizio. Il caso avvenne il 15 decembre 1863, e confessato il fatto dall' accusato il giudice istruttore opinò pel non luogo. Ma il Pubblico Ministero insistè per l' invio alla Corte di Assise, e ricorse alla Corte di Agen, la quale con decreto del 23 gennaio 1864 fece a lui plauso ordinando l' invio. Adita la Cassazione, con decreto del 2 aprile 1864 essa confermò l' invio. Così il povero marito trovossi a dover comparire alla Corte di Assise, dopo preventiva custodia, minacciato di pena afflittiva ed infamante. È a notarsi che la Corte di Agen considerò il caso come gravissimo perchè la signora moglie poteva correre grande pericolo per la scoperta di quella lettera. È a notarsi che la Corte di Cassazione si fece il dubbio sulla *proprietà* del foglio, e disse che in ragione dell' indirizzo quel foglio non era più proprietà della donna, ma del signore a cui era indirizzato: non si fece però l' obietto che l' amante non aveva ancora conseguito il possesso del foglio, lo che parmi dovesse considerarsi in faccia alla legge francese che consacra la regola — *en fait de meubles possession vaut titre;* e non avvertì che secondo il rigore di questo principio

quando anche la donna pentita della commessa imprudenza avesse ella medesima ripreso la sua lettera, la dichiarazione della quesita proprietà nell'amante portava lei stessa a rischio di dieci anni di reclusione per aver ripreso la lettera sua. Mi è piaciuto notare questo non per farmi giudice della questione tutta francese fra l'art. 187 e l'art. 255, ma per avvertire soltanto che in faccia a cotesti fatti la magistratura toscana avrebbe trovato rifugio nei principii della scienza per dichiarare la mancanza di dolo nell'agente. Questo documento contradice ciò che ho insegnato di sopra (§. 1635) nel testo. Ma senza niente menomare il rispetto dovuto all'autorità dalla quale emanò, io persisto ad opinare che un marito, un padre, un padrone, che per ragionevoli sospetti intercetti una lettera della moglie, del figlio, o del servitore, non possa dirsi colpevole di delitto. Nè al mio pensiero manca l'appoggio dell'autorità: vedasi la nota al §. 1639, e Pacheco *el còdigo penal comentado tom. 3, pag.* 276. Del rimanente il caso surriferito porge occasione ad ulteriori meditazioni. In primo luogo se ne rileva nuovamente la importanza della definizione dei titoli. Comprende ognuno che se la sottrazione di lettere si qualificasse come furto, la non imputabilità del marito per la sottrazione di lettere della moglie verrebbe come conseguenza della regola generale che non ammette querela di furto fra i conjugi. In secondo luogo tornando a contemplare il problema da me proposto nella nota precedente sarebbe a cercarsi se l'ufficio postale equivalga al servo romano pel fine di quesire il possesso di una lettera al destinatario che non l'ha peranco conseguito materialmente; o in altri termini se l'ufficio postale sia un *mandatario* del mittente o un mandatario del destinatario. Gli ordinamenti postali porgono due dati di fatto per sostenere che l'ufficio di posta non sia un mandatario del destinatario, ma un mandatario del mittente: e questi sono il sistema delle francature, e la disposizione che permette ad un mittente pentito di ricuperare con la osservanza di certe formalità la lettera da lui consegnata alla posta; lo che davvero non sarebbe ammissi-

bile se l' uffizio quesisse il possesso al destinatario, perchè ritenuto costui come impossessato giuridicamente del foglio più non potrebbe contro sua volontà spogliarsi di quel possesso.

§. 1637.

Il codice Sardo che ha innestato il delitto di apertura di lettera in quella classe speciale di malefizi *(lib. 2, tit. 3, cap. 3, sez. 7)* che denomina *rottura di sigilli e sottrazioni nei luoghi di pubblico deposito*, punisce questo fatto con la multa fino a lire cinquecento ed anche col carcere fino ad un anno. Evidentemente con sì vasta latitudine di pena quel codice ha mirato a dare al giudice sufficiente balìa per adeguare la repressione alla indefinita varietà possibile delle contingenze di fatto. E ve ne era bisogno perchè in quell' articolo si parifica all' *apertura* di lettere o pieghi *sigillati*, la *soppressione* di lettere o di pieghi. Da ciò sembra che per cotesto codice il semplice *impossessamento* a fine di curiosità di lettere o carte non sigillate non incontri repressione alcuna se non è susseguito da soppressione del documento. Anche il codice Sardo contempla all'art. 237 la complicanza di questo reato con l' abuso di officio, disponendo che sia punito con carcere da sei mesi a due anni l' impiegato postale che apra o lasci aprire le lettere consegnate alla posta o in qualunque modo permetta che altri prenda cognizione del loro contenuto: e la pena è tassata in due anni di carcere quando concorra ancora la soppressione; e sempre si aggiunge la sospensione dall' impiego (1).

(1) Il delitto di apertura di lettere si trova contemplato dal codice Spagnuolo art. 422, il quale esclude espressamente la imputabilità del fatto nella ipotesi del marito padre o tutore che abbia intercettato le lettere della moglie, figlio, o pupillo: dal progetto portoghese, art. 249: dal codice del Brasile, art. 215 a 218, ove si duplica la pena nel caso che l' apertura della lettera sia susseguita dalla divulgazione del segreto: dal codice Estense, art. 266: dal codice Parmense, art. 257: dal codice Napoletano art. 251, che contempla le sole lettere consegnate alla posta: e dal codice di Baviera del 1813, art. 396. Il codice di s. Marino (testè sanzionato con decreto del Consiglio Principe del 26 agosto 1865) sembra che non preveda il caso di apertura di lettere commessa dal privato; e soltanto la punisca (art. 257) se commessa dall' impiegato postale. In faccia a quei codici contemporanei che non hanno previsto l' apertura di lettere fatta dal privato, potrà egli cotesta sconcia azione colpirsi per analogia ricorrendo ad altro titolo di reato? Non certamente con quello di *furto*, che non è giuridicamente possibile dove manchi l' animo di lucrare. Nella mancanza di una legge apposita il Leyser (*medit. ad pandect. spec.* 546, *medit.* 8, 9) opina doversi applicare il titolo di *ingiuria* contro la indebita apertura di lettere, e riferisco un giudicato in questo senso emanato nel giugno 1719 dalla facoltà giuridica Helmstadiense. Ma io tengo per fermo che la nozione moderna del delitto di ingiuria non si adatterebbe (almeno nel caso semplice) a siffatta illazione.

CAPITOLO VII.

Rivelazione di segreti.

§. 1638.

Il titolo di *rivelazione di segreti* presenta nella scienza e nelle legislazioni contemporanee diverse

forme; le quali sono così differenti nella essenzialità loro che può meglio dirsi costituire altrettante *specie* affatto distinte di reato, le quali sebbene accidentalmente espresse con la identica materialità di parole, niente hanno di comune l' una con l' altra nelle respettive condizioni giuridiche. Una prima forma speciale di rivelazione di segreto che è contemplata dai criminalisti e dai codici, è quella che sorge nel fatto di un pubblico funzionario il quale venuto in conoscimento per ragione dell' ufficio suo di segreti importanti alla naziono che serve, ne fa rivelazione ad uno stato estero in pregiudizio della patria (1). Ma questa forma, che assume secondo le circostanze il carattere di *prodizione* o di *perduellione*, e che in sè presenta una vasta varietà di configurazioni, non ha nessun rapporto al luogo presente, e sarebbe perciò affatto inopportuno qualunque cenno che se ne volesse anticipare. Un' altra forma è quella che s' incontra nel fatto degli apprendisti ed operai i quali, ammessi al segreto di una qualche industria o di una qualche lavorazione dai capi di fabbrica che li hanno impiegati, divulghino ad altri il segreto a loro confidato. Questa seconda forma delittuosa si lasciò affatto inosservata da parecchi legislatori: ma invece altrove, perchè si aveva a cuore la protezione delle industrie, si dettarono provvedimenti speciali e minuziosi sopra tale argomento. Così in Francia può dirsi che intorno a ciò esista un apposito corpo di leggi, ed un corpo di giurisprudenza, che si connettono col sistema dei brevetti d' invenzione e con la teorica della proprietà intellettuale (2).

(1) Di questa forma speciale di rivelazione di segreti disserta Thomasio nelle sue disputazioni *de ratione status*, alla quinta e sesta intitolate *de revelatione arcanorum* e *de exploratoribus*.

(2) In proposito agli speciali regolamenti relativi a questa forma di *rivelazione di segreto*, possono vedersi: Huard *de la divulgation des secrets de fabrique pag.* 151 — Chaveau et Helie *théorie du code pénal n.* 3634 *au* 3643 — Nypels *le droit pénal comparé, pag.* 618. E fra gli antichi Jousse *justice criminelle part.* 4, *lib.* 3, *tit.* 15, *n.* 55 *et* 56. Questo caso è specialmente previsto dal codice Sardo all' art. 391, e dal codice Spagnolo all' art. 424.

§. 1639.

Ma neppure questa forma criminosa ha relazione nessuna con la presente sede di trattazione (1). Se sotto un punto di vista consequenziale anche cotesto fatto porta un certo impaccio alla libertà del capo di fabbrica costretto a confidarsi negli operai, certo è che la oggettività primaria di simile malefizio inspirato sempre da avidità di guadagno, bisogna ravvisarla o nell' interesse della proprietà del privato, o nello interesse del commercio ed industria nazionale. Ciò può portare a rimanere esitanti se tale delitto debba referirsi alla classe dei delitti naturali contro la proprietà privata, o alla classe dei delitti sociali contro la pubblica fede e contro il commercio. Ma qualunque si abbracci di queste due opinioni, certo è che si l' uno aspetto come l' altro impediscono che si faccia dimora al presente luogo su cotesta forma delittuosa.

(1) Neppure cadono sotto il presente titolo tutte quelle rivelazioni di segreto che costituiscono *mancanza di uffizio*

in quanto statuti particolari proibiscano a certi ufficiali di divulgare le ordinanze di un giudice, i deliberati di un consiglio, i provvedimenti di un ministro, e via così discorrendo. Simili fatti non meritano speciale trattazione, e rientrano nella figura generica degli abusi di autorità o di ufficio, che troveremo a suo tempo fra i delitti sociali. Difficilmente può la scienza definire *a priori* la importanza di tali fatti, e difficilmente si possono giustificare gli eccessivi rigori che in altri tempi furono minacciati contro i medesimi.

§. 1640.

Qui propriamente prendesi ad esaminare una terza forma, che si ha nel fatto di chiunque per ragione di una speciale professione (medici, chirurghi (1) levatrici) essendo venuto in cognizione di un segreto interessante l' onore di una qualche persona o famiglia (malattie segrete, gravidanza illecita) lo abbia divulgato nel pubblico. Il resultato di simili fatti che sempre portano un detrimento all' onore, indusse alcuni criminalisti a collocare appunto questo delitto fra i reati contro l' onore. Ma scorgesi evidente la inesattezza di tale collocamento, perchè il medico o la levatrice che divulga il segreto acquistato per la necessità delle funzioni loro, non agiscono pel fine di togliere ad altri l' onore, ma di ordinario per leggerezza od imprudenza. Ora essendo indubitato (come vedremo a suo luogo) che dei delitti contro l' onore è condizione essenziale l' *animus injuriandi*, è chiaro che alla rivelazione di un segreto (2) non può adattarsi siffatta oggettività. Che se in qualche specialità il medico risulti avere agito per malvagio spirito diffamatorio, la rivelazione del segreto cesserà di essere la circostanza caratteristica del fatto,

e si avrà una vera e propria diffamazione aggravata da quella circostanza della tradita fiducia. Se la rivelazione dei segreti anzichè qualificarsi come *delitto* si qualificasse come *trasgressione* (lo che sarebbe forse più esatto per le ragioni che fra poco dirò) allora starebbe bene che siffatta trasgressione in certe sue configurazioni si ponesse nella classe di quelle contro l'onore: perchè è regola fondamentale da me altrove accennata (§. 150, nota 1) che nelle trasgressioni non richiedendosi l'animo diretto alla violazione di un diritto, esse non possono desumere la loro indole dal diritto attaccato, ma bensì dal bene che è posto eventualmente in pericolo. Ma finchè la violazione del segreto si vuole considerare come delitto, non ne se può desumere la classe da una conseguenza accidentale a cui non si diresse la malvagia intenzione dell'agente. E tanto è ciò vero che alla essenza di questo reato non è necessario che il segreto sia stato renduto notorio: basta che sia stato manifestato anche ad una sola persona confidenzialmente. Laonde con tutta esattezza si dà a questo reato il nome di *rivelazione* anzichè quello di *divulgazione* di segreto.

(1) Io non dubiterei in faccia alla scienza che per identità di ragione anche i *farmacisti* dovessero nei congrui termini tenersi astretti dal vincolo giuridico del segreto. Sulle origini e storia di questa professione, e sopra alcuni delitti *proprii* della medesima, è a vedersi la erudita dissertazione di Thomasio *de jure circa pharmacopolia vol.* 2, *dissertat.* 17. Quanto alle levatrici è meritevole di ricordo l'editto che il 17 ottobre 1778 fu pubblicato dal Re di Svezia. In questa legge esclusivamente diretta ad ordinare i modi più opportuni di prevenire gli infanticidii, si trovano moltissime dispo-

sizioni paterne, ed anche può dirsi singolari. Ivi all' art. 1.° si minaccia la pena di tre risdalleri e mezzo contro qualunque levatrice che essendo chiamata ad assistere una fanciulla nel suo sgravamento ne avesse poi rivelato il fallo. Uguale pena si minaccia contro i Sacerdoti che avessero costretto la fanciulla a fare pubblica penitenza, come sembra fosse consuetudine di quella Chiesa. Altrove si proibisce ai padroni di rivelare la gravidanza delle serve. Tutta la economia di quell' editto converge al fine di prevenire i pericoli della pubblicità, onde i timori di questa non spingano le fanciulle a partorire occultamente ed uccidere la creatura. Vi era maggior senno e miglior cuore in coloro che punivano i divulgatori delle gravidanze illegittime di quello non siavi in certi maniaci che si ostinano nella inefficace crudeltà di punire di morte le disgraziate. L' editto del Re di Svezia trovasi riprodotto interamente in un volume di miscellanee pubblicato a Venezia il 1787 col titolo di *Opuscoli scelti di Legislazione Criminale*, che contiene molte interessanti monografie.

(2) Bibliografia — Fabro *in codicem, lib.* 4, *tit.* 15, *def.* 19 — Deciano *tractatus criminalis lib.* 7, *cap.* 17, *n.* 7 *et seqq.* — Aretino *de malefic. verbo falsorio, n.* 49 — Tuschius *lit. S, conclus.* 93, 94 — Menochio *de arbitroriis cas.* 537 — Coepolla *cons. crim. cons.* 39, *n.* 29 — Brancaccino *de jure doctoratus lib.* 2, *cap* 11, *n.* 20 — Caballo *cas.* 294, *n.* 230, *et seqq.* — Crusio *de indiciis delict. pars* 1, *cap.* 99, *n.* 19, 20 — Damhouder *praxis rer. crim. cap.* 125, *n.* 19 — Grantio *defensio inquisitorum cap.* 5, *memb.* 2, *sect.* 2, *art.* 5, *n.* 448 — Vermigliolo *cons.* 122, *n.* 16 — Ursaya *instit. crim. lib.* 1, *tit.* 4, *n.* 19 *et seqq.* — Godofredo *tract. reatuum pag.* 296 — Jousse *justice criminelle part.* 4, *liv.* 3, *tit* 15, *n.* 55 *et* 56 — Teschemaker *de jure silentii ; in thesauro Oelrichi vol.* 3, *pag.* 198 — Leyser *medit. in pandect. spec.* 546, *med.* 8, 9 — Tissot *droit pénal tom.* 2, *pag.* 99 — Puccioni *commento vol.* 4, *pag.* 679 — Mori *teorico pag.* 281 — De Joannis *dissert. de medici*

secreto 1869 — Amerpohl *de advocatorum circa secreta clientum fide et perfidia, Jenae* 1674 — Hezel *de officio magistri postarum, Alae* 1755 §. 6, 8 *et* 9.

§. 1641.

Fuvvi ancora chi pensò che la violazione del segreto dovesse referirsi alla serie degli abusi di pubbliche funzioni, e così trovar sede fra i delitti *propri* (1) dei funzionari pubblici. Ma anche questa idea non è adequata: perchè supposto eziandio nella levatrice o nel medico che per interesse privato esercita la professione, il carattere di pubblico funzionario (lo che mi parrebbe assai problematico) la rivelazione del segreto non si commette nell' esercizio della supposta funzione o con abuso della medesima, ma consecutivamente dopo compiuto o cessato tale esercizio. A me par dunque più conveniente di noverare questo reato fra i delitti contro la libertà individuale: e difatti tutto lo interesse della relativa incriminazione sta nel guarentire al cittadino il libero ricorso agli esercenti dell' arte salutare o di altre professioni fiduciose anche in quei casi nei quali vivamente desidera che i suoi bisogni rimangano occulti: che se la legge non proteggesse con una pena la sua fiducia da un tradimento, egli temendo la pubblicità si asterrebbe dalla cura con proprio pericolo, e se ne troverebbe ristretta la propria libertà intorno a cosa che sommamente interessa alla sua salute. Se poi ad altri non piace il mio pensiero io annetto poco valore ad una questione di metodo.

(1) Che la rivelazione di segreti sia un delitto proprio nel senso rigoroso (§. 52) della parola, non è a dubitarsi. Gli effetti di questa indole speciale in ordine alla complicità sono accennati a suo luogo. Ma questioni delicatissime e talvolta di grande interesse in pratica si presentano pel caso che un segreto o carte fiduciariamente affidate ad un professionista, vengano dopo la morte di questo a divulgarsi dal suo erede.

1.° Può ella perseguitarsi come criminosa nello erede *non professionista* la rivelazione del segreto confidato, o delle carte consegnate fiduciariamente *al suo autore* professionista?

2.° Può ella perseguitarsi criminalmente la rivelazione fatta da uno erede *professionista* quando cade sopra un segreto affidato non a lui ma al suo autore professionista?

3.° Se lo erede non è *criminalmente* perseguitabile per le rivelazioni imprudenti da lui fatte, sarà peraltro perseguitabile *civilmente* per i danni e interessi derivati dal fatto suo?

Tali questioni che vidi in pratica, ma non trovai proposte dagli scrittori, bisogna scioglierle risalendo ai principii generali.

Nei delitti *propri* la obbligazione di non violare la relativa legge non passa ai *fini penali* nello erede della persona che sola era legata da quella legge. Dunque mai si parli di pena. Ma come substrato della obbligazione penale sta sempre una obbligazione civile. E le obbligazioni civili dell' autore passano nello erede quando si svolgono in una materialità *reale* e non puramente *personale*. L' erede del ladro che venda la cosa rubata potrà essere immune dalla pena del furto, ma non è immune dal debito delle indennità. La consegna di un segreto sviluppa (oltre la obbligazione morale) una obbligazione *civile* alla quale può tener dietro una obbligazione penale. Il professionista col farsi depositario del segreto resta passibile di ambedue queste obbligazioni. L' obbligo di non rivelare ha per suo correlativo l' azione civile del privato, e l' azione penale della società. La morte di lui renderà impossibile l' azione *penale*: ma l' obbligo *civile* di non

rivelare passa come ogui altro consimile nel suo erede. Quindi costui è passibile dei danni tanto per le rivelazioni fatte dal suo autore quanto per le rivelazioni fatte da lui medesimo. Io non credo che l' obbligo di che si tratta possa noverarsi fra quelle che i pratici chiamarono *obbligazioni personalissime*, quali sono il debito coniugale, il servizio militare, ed altre simili. Potrà disputarsi se l' erede del depositario che scientemente vende il deposito sia passibile dell' azione di truffa; ma non può dubitarsi che sia passibile per tal fatto dell' azione al *quid interest*. Tale è remissivamente la mia opinione, che sostenni in un caso forense non ancora giudicato definitivamente. Altro grave problema si incontra quando si considera lo influsso della condanna criminale sopra una lite civile. Il mio avversario carpì dal mio patrono un secreto affidatogli: io men dolsi criminalmente, e ottenni condanna. Potrà l' avversario mio valersi di quel segreto contro di me nella lite civile? Qui vengono in contrasto due sommi principii: l' uno che proclama il trionfo della *verità* nei giudizi: l' altro che proclama non potere la giustizia illuminarsi con mezzi *immorali*, e peggio ancora con mezzi *criminosi*. Questi due principii parrebbero entrambi assoluti. Ma bisogna dire che non sono tali, perchè potendo essi venire a conflitto fra loro, è necessità logica che l' uno di essi ceda e conseguentemente divenga *relativo*. Potrò io opporre la eccezione del *dolo?* Potrò opporre la eccezione *frustra petis quod restiturus es*, perchè io ricupererei sotto titolo di *indennità* del delitto patito quanto l' avversario guadagnerebbe con la lite? Gravi questioni che io non voglio trattare perchè escono dall' argomento penale.

§. 1642.

Ciò che è importante a notarsi in questo reato si è che il medesimo non ha bisogno dell' estremo del *dolo:* o a dir meglio s' informa di un dolo *sui generis*,

che tutto si esaurisce nel solo animo di parlare, quantunque non ricorra l'animo di nuocere. (1) Sicchè è evidente che non può sulla *violazione di segreto* influire la minorante della *colpa* (2) appunto perchè la colpa costituisce la essenza di questo titolo, e il delitto non può rimanere nella presente specie se vi concorre il dolo. È perciò che il codice Toscano all'articolo 373 eleva la pena al carcere da quattro mesi a tre anni, quando la violazione sia stata mezzo a commettere *ingiuria, diffamazione*, o *libello famoso:* lo che vuol dire che il fatto cambia di specie e di titolo, venendo a costituire in ragione dell'animo ostile uno dei tre titoli di libello, diffamazione, od ingiuria, aggravati per la violata fiducia, come ho detto di sopra. E perciò ho esternato il dubbio che questo fatto quando rimane nel caso semplice, e così nel tipo della sua specialità, debba tenersi piuttosto come una trasgressione che come un delitto; appunto perchè ben lungi dallo avere il dolo per estremo suppone come suo carattere proprio la mancanza del dolo.

(1) Anche Blanche (*Cinquième etude n.* 450) opina che il delitto esista col fatto della rivelazione quantunque senza veruna intenzione di nuocere, e ricordando che la Cassazione di Francia in un suo decreto ha detto che le sole rivelazioni punibili sono quelle commesse per animo maligno e ispirate dal fine di diffamare e di nuocere, dimanda se con ciò la Cassazione non andò più in là della legge. E davvero poco vi vuole a conoscere tutto l'assurdo di questa dottrina, per la quale si cancella il titolo di rivelazione per assorbirlo in quello di diffamazione ed ingiuria.

(2) Diversamente si è opinato in proposito della rivelazione dei segreti di fabbrica: la quale non si ritiene come

punibile criminalmente, e soltanto può far luogo a delle riparazioni civili, quando sia derivata da mera imprudenza: Chaveau et Helie *théorie du code pénal n.* 3641.

§. 1643.

Del resto non vi è richiesta di particolari condizioni nella materialità esecutiva del presente reato. O la rivelazione siasi fatta *verbalmente* o per via di *scrittura,* o per qualsivoglia altro *segno* espressivo del pensiero, tutto torna naturalmente allo stesso. Bensì appella ai criterii *essenziali* di questo maleflzio che trattisi di un *segreto:* laonde se il medico ha parlato di fatti che siano venuti notorii a cagione di un processo, manca il primo cardine all' accusa di colpevole rivelazione. È inoltre condizione di questo reato la *qualità personale* del delinquente. Il medico, farmacista, o levatrice a cui vuole obiettarsi il presente titolo di reato, devono essere abilitati secondo i metodi dalle leggi prescritti a tale esercizio. Se illegalmente lo esercitano si renderanno colpevoli della trasgressione speciale (art. 146 del regolamento di polizia punitiva) di abusivo esercizio di professione: ma pei divulgati segreti non potranno essere responsabili tranne quando nel loro operato ricorrano gli elementi della ingiuria. L'argomento di ciò si volle trovare da alcuni nella deficienza di violazione di officio: ma senza discutere siffatta ragione che potrebbe essere assai problematica, a sostegno di cotesta regola basta osservare che la ragione politica di perseguitare certe azioni col magistero penale sta nella *necessità* in cui versa l' uomo di ricorrere ad altri, onde in lui nasce il

bisogno di speciale protezione. L' uomo che è tradito dall' amico in un segreto che gli aveva confidato non si reputa meritevole della difesa pubblica perchè fu vittima della propria corrività: onde avviene che per cotesto tradimento non si eccita danno mediato, pensando ognuno che egli potrà bene proteggersi da per sè avverso simile pericolo serbandosi più cauto (1). Ora colui che caduto nel bisogno del soccorso di uomo dell' arte ha preferito ricorrere alla persona inabilitata che non gli offriva le guarentigie legali, deve imputare a sè stesso se pose a pericolo insieme con la salute anche il proprio segreto. Questo punto di vista farebbe dubitare doversi attribuire al presente delitto il carattere piuttosto di reato sociale. Ma nella dottrina speculativa è da riflettersi se il medesimo reato possa considerarsi come punibile indipendentemente dalla matricola in quei paesi nei quali (per la prevalenza di diverse dottrine economiche) anche per l' esercizio di tali arti sia data pienissima libertà.

(1) Non manca fra i pratici chi riconosca la possibilità di una persecuzione criminale anche contro il privato che abbia rivelato un segreto confidatogli, indipendentemente da qualsivoglia speciale sua qualità e per mera cagione di amicizia. Opinò il Menochio (*de arbitrariis cas.* 537, *n.* 13) che in tal caso competesse all' offeso l' *actio injuriarum:* il Deciano (*tract. crim. lib.* 7, *cap.* 17, *n.* 8) andò fino ad insegnare che l' amico traditore dovesse tenersi responsabile di falso. Idee vaghe che non possono approdare oggidì ad alcuna conclusione pratica, perchè la nozione moderna della ingiuria più non prestasi all' antica elasticità, perchè l' applicazione a questo caso del titolo di falso è un concetto bislacco, e perchè in sostanza a cotesta forma di slealtà manca

l'elemento politico che oggidì si esige dalla scienza affinchè una bruttura morale possa convertirsi in delitto.

§. 1641.

Le parole dell' art. 373 del codice Toscano — *e qualunque altra persona* — hanno indotto il Puccioni (*commentario vol. 4, pag. 679*) ad insegnare che questa delinquenza s' incorra ancora dall' avvocato (1), dal procuratore, notaro (2), o confessore (3) cho rivelino i segreti ricevuti in occasione del loro ministero. Certamente io concordo in cotesta opinione, così in faccia alla legge positiva come alle regole della scienza, per la evidente parità di ragione. Ma ciò mi porge ulteriore argomento di confermarmi nel pensiero che inesattamente dalla maggior parte dei codici contemporanei si collochi questo maleficio nella classe dei reati contro l' onore. Comprende ognuno che l' avvocato o notaro rivelando (a modo di esempio) una contrattazione che il loro cliente stava per concludere, o un testamento che stava per fare, possono porlo a pericolo nella sicurezza del corpo, nella quiete domestica, o grandemente pregiudicarlo nell' interesse pecuniario, senza che niente sia stato vulnerato l' onore di quello, o menomata la sua riputazione; ed allora se si vuole obbedire alla vecchia regola di ermeneutica *si vis intelligere nigra lege rubra*, si dovrà dire che la legge avendo qui contemplato un attentato contro l' onore, non può aver voluto colpire un fatto che niente poteva violare l' onore, lo che significa che in tale contingenza o bisogna punire a dispetto delle regole di buona critica, o bisogna lasciare im-

punito il delitto quando ha rovinato una famiglia, e punirlo soltanto quando ha portato anche un leggiero discredito all' offeso; lo che è un assurdo. Vorrei poi domandare per quale ordine d' idee il legislatore toscano dopo avere rettamente collocato fra i delitti contro la libertà la violazione del segreto confidato allo *scritto* (apertura di lettere) abbia poi creduto non potervi ugualmente collocare la violazione di segreto affidato alla *parola!* Per quanto io vi mediti non riesco a trovare ragione plausibile della differenza. Anche il segreto contenuto in una lettera può compromettere l' onore di una persona, come può non comprometterlo il segreto affidato ad un professionista. Da tali accidentalità consequenziali male può definirsi la oggettività di un malefizio. E qui avvertirò che il lodato Puccioni dissente radicalmente dalla mia opinione insegnando che anche in questo reato è necessario il concorso del *dolo*, per la ragione che è requisito comune a tutti i delitti. Ma, ad onta della reverenza che professo grandissima verso l' insigne criminalista, io non credo che tale opinione sia accettabile. Per me il dolo in questo caso consiste nell' animo di *parlare*, anche senza animo di nuocere. E il Mori (nella sua *teorica pag. 281)* parmi confortare il pensiero mio, poichè considera questo reato come effetto della *insolenza* e della *indiscrezione* (4).

(1) Anche in ordine agli Avvocati osserva Amerpohl (*de advocatorum fide circa secreta clientum cap.* 2, §. 7) che a loro corre l' obbligo della non rivelazione non solo circa i segreti manifestati loro dai clienti, ma eziandio circa quelli che possono avere altrove raccolto per confidenze di

terzi o per loro proprie investigazioni. Questa proposizione non può in astratto impugnarsi, poichè logicamente deriva dall' obbligo che la sua posizione impone all' avvocato, ed è d' altronde suggerita dalla analogia con quello che in pari termini comunemente si insegna rapporto ai medici; e soltanto può nascere dubbio se la condizione di *segreto* abbiasi nei soli punti di *fatto*, oppure anche nei punti di *diritto*, come sarebbe un frammento del testo, o l' autorità di un Dottore contraria alla tesi del cliente. Ma se questo può ammettersi in faccia alla scienza: non lo crederei in faccia al diritto positivo. Parmi lo escluda in lettera il Codice Toscano all' art. 373 ponendo come condizione del reato che trattisi di segreto RICEVUTO IN DEPOSITO. Parmi lo escluda ugualmente il codice Sardo all' art. 587 con la clausula di *cui sono* DEPOSITARI per ragione di stato. Bene è vero però che la *rivelazione* può facilmente degenerare in *prevaricazione;* e così passare per il codice Toscano dall' art. 373 all' art. 198, e per il codice Sardo all' art. 311: ma in quanto al primo è necessario il concorso del *dolo*; e in quanto al secondo è necessario il concorso della *venalità*, non bastando a costituire questo più grave reato la sola leggerezza od imprudenza. Vedasi §. 2605.

(2) Non sembrerebbe doversi dubitare che in quanto all' obbligo del segreto i Notari debbano essere adeguati agli altri esercenti professioni confidenziali. In faccia però al codice Francese la Cassazione ha fluttuato su questo punto nei due decreti 23 luglio 1830, e 10 giugno 1853. Ma Blanche *cinquième etude (n.* 449) si pronunzia in modo assoluto per l' affermativa. Vedi Morin *art.* 9023.

(3) Il caso del confessore che rivela i segreti del penitente anche per mera imprudenza, fu contemplato dal codice penale Francese, art. 378; ed è stato specialmente previsto dal progetto Portoghese all' art. 361 §. unico, che lo vuole punito con la prigione di terza classe. Era stato pure espressamente punito dal progetto di codice Spagnolo del 1822, all' art. 424; ma tale disposizione si modificò nel codice Spa-

gnolo del 1848, all'art. 284, per le ragioni di convenienza che accenna Pacecho nel suo *comento tom. 3, pag. 451*. In quanto poi agli avvocati l'obbligo del segreto sotto sanzioni penali riconoscevasi dalla vecchia pratica: Crispolto *casus militares cas. 23, n. 28*. Ma volendo ridurre la rivelazione di segreti per parte loro ai suoi genuini principii bisogna distinguere la rivelazione di segreti commessa per imprudenza dall' avvocato, e questa lasciarla al presente luogo: e la rivelazione che l' avvocato faccia all' avversario per una mercede, la quale costituisce il delitto di *prevaricazione*, che troveremo fra i reati sociali. Non è raro il caso che la identica materialità di fatto sviluppi due titoli di reato immensamente difformi per i caratteri e per la gravità a cagione della diversità delle cause e del fine. Prescindendo però dai termini della prevaricazione crederei che difficilmente potesse punirsi come delitto la imprudenza del patrono legale, rilasciandone la emenda all' azione civile dei danni e interessi.

(1) In Francia si è agitata questa controversia come fra noi. Rauter *(droit criminel vol. 2, pag. 104)* sostiene la mia opinione affermando che il dolo di questo delitto consiste nella volontà di parlare quando si sa che corre l' obbligo di non parlare. Ma la giurisprudenza della Corte Suprema si è pronunziata per la opinione che fra noi sostenne Puccioni, richiedendo come essenziale a questo reato la *intenzione di nuocere:* osservo però che non può farsi fondamento sulla giurisprudenza di Francia, perchè la ragione determinante si trova nel collocamento di questo delitto fra le offese all' onore, enumerandolo il codice del 1810 con le ingiurie e calunnie. Tale classificazione è prevalente in faccia al diritto costituito, perchè l' animo d' ingiuriare è condizione comune ed indispensabile in tutta quella categoria di reati: laonde in faccia a quel diritto costituito io pure avrei deciso così. Ritengo peraltro che sia erronea quella classificazione, e scientificamente mantengo la mia opinione. Certamente repugna che si dia una benedizione al medico ciarliero il quale ha

compromesso la pace o gl' interessi di una famiglia sotto il pretesto che quando turpemente abusava della fiducia in lui riposta non aveva intenzione di far del male: e ognuno comprende che la intenzione di nuocere se non si presume dal solo fatto di parlare (come volle Chauveau) raramente o quasi mai si constaterà con prova positiva e diretta. Le Corti di Francia che ne ritennero il concorso nel caso di un medico che aveva citato il suo cliente per gli onorari dovutigli ad occasione della cura di una malattia vergognosa: dissero che egli aveva agito per animo di *lucro*, mentre chiedeva ciò che gli era dovuto. Data la intenzione di nuocere come requisito costante della colpevolezza in questo reato, è evidente che diviene un titolo superfluo come titolo principale, e si converte in una qualifica della ingiuria falsandone radicalmente il concetto giuridico, come ho detto sopra alla nota 2.

§. 1645.

Ridotta per cotal guisa al suo genuino valore la figura criminosa del presente reato, il medesimo rimane di poca importanza scientifica, e non offre argomento di studio particolare. Poco sarà mutabile la *quantità politica* nel medesimo tranne in quanto dipenda dalla modificata *quantità naturale*. E questa spontaneamente subirà gl' influssi della maggiore o minore importanza del segreto svelato, e dei pregiudizi maggiori o minori derivatine alla persona tradita.

§. 1646.

In ordine al grado nella forza morale del delitto è intuitivo che la scusa della età e del sordomutismo repugnano al presupposto. Può però discutersi se in cotesto reato sia ammissibile la scusa del-

l' impeto degli affetti, o se piuttosto la circostanza dell' ira non porti ad accrescere la responsabilità dell' accusato, poichè sostituisce nel suo fatto alla condizione di mera imprudenza, quella più grave di volontà ostile diretta a nuocere. Può ancora disputarsi se la scusa della ubriachezza debba e fino a qual limite valutarsi in un delitto la imputabilità del quale sotto il rapporto dello elemento morale si radica sulla colpa. Ma la più interessante questione nella presente materia è quella che sorge in proposito della *coazione*. Nessuno può dubitare che se il professionista fu violentemente costretto a rivelare il segreto egli evada ogni responsabilità, per ragione del timore al quale soggiacque: la difficoltà non cade su questa ipotesi semplice. La questione si presenta grave nella ipotesi dello intervento della autorità giudiciaria. Al professionista può egli imporsi indistintamente l' obbligo di denunciare alla giustizia i segreti affidatigli dai suoi clienti, quando la cognizione dei medesimi interessi alla pubblica sicurezza perchè può avvenirne il discuoprimento di qualche grave delitto? Prima questione. In questa prima ricerca la soluzione pratica generalmente distingue tra professione legale, e professione dell' arte salutare. Alla professione legale non si è ancora imposto l' obbligo della delazione, quantunque nel primo progetto del codice di san Marino si mostrasse una consimile velleità che fortunatamente fu rejetta nella saggia riforma che poscia si è fatta di quel singolare progetto. In quanto alla professione dell' arte salutare si suddistingue fra ciò che attiene alla costatazione della *materialità*, e ciò che attiene allo *speciale* di un reato.

Ai chirurghi corre l' obbligo di denunciare i ferimenti che sono chiamati ad esaminare; quantunque venga loro raccomandato il segreto dallo stesso cliente, perchè (a modo di esempio) siano il risultamento di un duello. L' interesse pubblico che la giustizia venga in cognizione delle azioni criminose ha fatto generalmente ammettere ciò. Ma in quanto alle circostanze dello speciale io non credo che corra altrettanto obbligo: onde se il ferito narrò al chirurgo che fu offeso da Tizio perchè lo sorprese nel talamo conjugale o a rubare in sua casa, il chirurgo non ha nessun obbligo di denunciare il delitto confessatogli dal suo cliente. Pure ho veduto lo zelo di certi dottori estendersi ancora a ciò nei loro referti: ed in tale caso potrà sorgere il dubbio se la opinata coazione del dovere giuridico possa servire di scusa a cotesti zelanti quando vengano querelati per violazione di segreto: ed io credo che la scusa verrebbe ammessa a malgrado la regola generale che l' errore di diritto non esonera dalla imputazione (1).

(1) Nel 1869 per incarico della società di medicina legale di Parigi l' Avvocato Generale Hemar ha composto una monografia intitolata *Le secret médical*, la quale trovasi nella *Revue critique vol.* 35, *pag.* 561. Ivi dividesi la ricerca in due punti, cioè — 1.° — *Della rivelazione proibita* — 2.° — *Della rivelazione obbligatoria.*

§. 1647.

Ma la questione risorge sotto una seconda forma assai più delicata. A questa richiama l' art. 373 del

codice Toscano il quale eccettua dalla punibilità della rivelazione di segreto i *casi in cui la legge obblighi a parteciparlo.* Ora la legge obbliga il cittadino a narrare tutto quello che sa quando è chiamato a deporre come testimone in giustizia. Di qui due ricerche. La prima è se il professionista chiamato a fare da testimone possa punirsi come rivelatore di segreto quando abbia palesato le confidenze del suo cliente. E sotto questo punto di vista io crederei che la opinione di obbedire ad un dovere servisse a porlo al coperto da ogni molestia. La seconda è se il professionista possa ricusarsi ad emettere la sua deposizione allegando che ciò che sa, lo sa come segreto di professione. Questa ultima forma del dubbio si esaminò già da molti criminalisti e filosofi (1); e nuovamente, ad occasione appunto dell' art. 373, la trattò il Puccioni *(commentario vol. 4, pag. 680)* e per il primo notò la differenziale che poteva intercedere fra il confessore, il consulente legale, ed il consulente medico. Presso tutti i popoli che non intendono la parola libertà nel senso di statolatria, e non propugnano questa loro libertà con la più intollerabile delle tirannidi, le due prime ipotesi non danno occasione di dubbio neppure in pratica, e si rispetta la coscienza dell' avvocato e del confessore che dichiara di non volere infrangere il segreto. Ma incontrasi però una certa esitanza pratica in proposito dei medici e dei chirurghi, i quali però bisogna confessare che raramente hanno posto innanzi questo loro privilegio, tenendosi di ordinario molto contenti di essere chiamati dalla giustizia. Ma il Puccioni ha portato il suo esame acutissimo precisamente su questa ul-

tima ipotesi; e seguace come egli è sempre dei più generosi principii in materia penale, risolve il quesito con la sentenza che la giustizia non deve mai ottenere il suo fine al mezzo di una immoralità. Ed io volentieri mi sottoscrivo alla sua opinione.

(1) Op den Hooff *de iis qui propter obligationem secreta non detegendi, in causis poenalibus a testimonio perhibendo excusantur, Lugduni-Batavorum*, 1847, — Van Rappard *de excusatione testimonium dicendi in judiciis eorum, qui propter munus, professionem vel legitimam necessitudinem arcanorum sunt depositarii* — Randwijck *de reticentia* — Trebuchet *jurisprudence de la médecine, Paris* 1834, *pag.* 273 — Boulanger *consultation du secret en médecine, Paris* 1843 — Ametle *code médical, 3. edition, pag.* 264, *Paris*, 1859. Una singolare questione ricorda il Deciano *(tract. crim. lib. 7, cap. 17, n. 9)* pel caso di un tedesco che avendo necessità di confessarsi ad un prete italiano aveva avuto bisogno di servirsi di un interpetre. Dimanda se l' interpetre che avesse per tal guisa conosciuto i segreti del penitente potesse essere costretto a farne manifestazione in giustizia; e sulla autorità di parecchi teologi sostiene la negativa. Questa soluzione non è senza importanza nel caso di analoga ricerca la quale sorga in proposito del segretario o giovine dell' avvocato che si voglia costringere a rivelare le confidenze delle quali esso fosse stato veicolo fra il cliente ed il suo principale: ed io opinerei che anche a lui dovesse estendersi la inviolabilità del segreto, specialmente quando nella sua qualità stasse la unica causa delle cognizioni acquistate. Questa opinione non ammette dubbio in faccia all' ottima disposizione dell' art. 288 del nuovo codice di procedura penale del regno d' Italia che è completissimo su tale argomento. La esenzione degli avvocati dall' obbligo di rivelare i segreti a loro confidati in occasione del loro ministero, si è preteso trovarla nella *l.* 25, *ff. de testibus*. Ma io dubito che quel

frammento niente abbia che fare col privilegio di che adesso parlo, e invece contenga la inibizione assoluta di testificare nella causa in cui si è figurato come patrono per la ragione del sospetto di falsità. Lo che sarebbe tanto differente quanto l'odio differisce dal favore. Anche Blanche *(cinquième etude n. 451)* fa la questione se il professionista chiamato come testimone in giustizia sia punibile per avere rivelato il segreto: e risponde che no. Egli era posto fra due doveri in conflitto: quello di portare la verità alla giustizia, e quello di non tradire la fiducia: qualunque di questi due doveri sia sembrato preferibile alla sua coscienza egli non può incorrere pena. In sostanza la rivelazione si scusa in questo caso per la *giusta credulità* di essere nel dovere di rivelare, e questa è la unica formula sotto la quale può accettarsi la soluzione di Blanche. Come soluzione *assoluta* no, perchè non è assoluto il dovere di deporre quando la legge lo subordina alla condizione di non rivelare i segreti professionali. Pongasi che risulti essere stato lo stesso professionista quello che siasi fatto delatore, ed abbia fatto in guisa di essere citato come testimone onde avere sembianza di fare una rivelazione coatta: che direbbesi di costui?

§. 1618.

In ordine al grado nella forza fisica del malefizio pare a me assai difficile a sostenersi il concetto giuridico del tentativo in questo reato, attesa la specialità del suo elemento morale. Sul proposito della complicità sembra intuitivo che un estraneo (1) venuto in cognizione del segreto per una rivelazione delittuosa non possa perseguitarsi come complice del delitto già consumato se il segreto stesso andò divulgando ad altri. Egli potrà tenersi a calcolo della ingiuria o diffamazione commessa da lui, quando ne ricorrano i termini, ma non potrà perseguitarsi nè

come autore di rivelazione di segreto, nè come partecipe del delitto consumato dall' ufficiale imprudente. Eppure anche questo asserto può parere dubbio se ponesi sotto altro aspetto la questione. Colui che riceve la comunicazione del segreto si fa desso coautore o correo, o altrimenti corresponsabile di quel fatto criminoso nel quale ha materialmente ed ideologicamente partecipato con lo ascoltare? È certo che senza alcuno che ascolti la rivelazione questo delitto non si può commettere. La materialità del fatto criminoso esige necessariamente il concorso almeno di due persone. Quei rigoristi che tanto hanno esteso la nozione dell' autore o coautore del delitto, direbbero forse che costui è un partecipante *necessario;* fu in dolo quando a soddisfacimento della propria curiosità profittò della imprudenza altrui, ascoltando anzichè imporre silenzio quando venivasi a lui rivelando il segreto. Dovrà dunque involversi nella pena? Io tengo che ciò sarebbe assurdo per la potente ragione che in certi problemi il senso morale vince le rigorose deduzioni dei principii giuridici. Non sarebbe però a dubitarsi della sua corresponsabilità quando l' estraneo avesse provocato la rivelazione con doni, promesse, od anco semplici preghiere: egli sarebbe in siffatta ipotesi la prima causa morale del delitto altrui, e dovendo in lui ritenersi la scienza di provocare un delitto non potrebbe evitare la partecipanza nella pena come istigatore.

(1) Ai termini della legge Francese si presentò le questione relativa al non professionista che fosse stato chiamato ad assistere un chirurgo in una operazione segreta, e che avesse

ad altri rivelato il fatto. La Corte di Cassazione col decreto dell' 8 decembre 1864, decise che colui non era incorso in nessuna pena. Ma rispetto al professionista l' obbligo del segreto deve intendersi larghissimamente, e così estendersi non solo ai segreti che a lui siano stati *verbalmente confidati* ma eziandio a qualunque altro segreto della famiglia, che egli sia venuto a conoscere accidentalmente o con gli occhi propri o per parole udite colà dove era chiamato a prestare il suo ufficio come professionista. Questa specialità si notò da Domat (*Droit public, liv.* 1, *tit.* 17, *sect.* 2, *n.* 13) ed è un rigore giustissimo. Non è pertanto necessario che il segreto appreso dal medico sia stato a lui direttamente confidato e neppure che tale segreto abbia relazione alla malattia che è stato chiamato a curare. Basta che egli ne sia venuto in cognizione ad occasione di un suo ingresso in quella casa necessitato dal bisogno dei soccorsi dell' arte.

§. 1649.

Qui però sorge altra elegante questione circa la ipotesi di un estraneo che nella cognizione del segreto abbia un interesse vivissimo. Lo sposo che voglia assicurarsi sui precedenti della sua futura, il marito che voglia accertarsi della condotta di sua moglie durante la propria assenza, la signora che cerchi assicurarsi dello stato di salute del suo fidanzato prima di venirne in cognizione per amarissimo esperimento, dovranno essi vedersi condotti ad un pubblico giudizio sotto l' accusa di istigazione alla violazione di segreto insieme col medico che compiacque ai loro desiderii? Ed ecco suddividersi la questione: sarà imputabile il medico in cotesta ipotesi? Sarà imputabile lo istigatore? Dovrà trovarsi una minorante nella specialità di tali circostan-

ze? Io fui più di una volta consultato su tale emergente da rispettabili professori dell' arte medica, la coscienza dei quali titubava fra il dovere professionale del segreto, e il dovere cristiano d' impedire la rovina di una creatura e di non mentire in faccia al nuovo cliente che li consultava e bruttamente ingannarlo sui propri pericoli: e francamente dirò che sempre risposi non potersi mai mantenere il precetto della legge umana a dispetto della legge morale; e non potersi mai la legge punitiva estendere a colpire un atto di umanità eseguito al fine d' impedire un male maggiore. Tale è il mio pensiero; in special modo quando una immoralità antecedente si voglia cuoprire per consumare una seconda immoralità. Ma se io errassi in siffatta opinione, e il debito professionale si volesse austeramente rispettato anche quando col rispettarlo si ajuta altri a consumare la rovina di una creatura o di una famiglia, nascerebbe allora lo interesse delle due successive dimande relative alla imputabilità dell' istigatore. E qui di nuovo, sebbene possa sembrare alquanto astruso lo adattare al concetto una formula giuridica, parmi che il senso morale proclami repugnante sottoporre a castigo chi agiva al solo fine di conservare la propria salute, o per lo meno la sua quiete avvenire e la pace di sua famiglia. Certi punti delicati di moralità non debbono aver valore quando sui medesimi si vuole insistere per rincarare una pena dove non ricorre convergenza di principio politico; e su questo nessuno può certo accusarmi di deferenza alla scuola moralista. Ma questi istessi principii vogliono essere rispettati

quando si tratta di eliminare una pena che genererebbe nausea in ogni cuore gentile (1).

(1) Su questa fattispecie vuol essere notato che la situazione del professionista rivelatore perderebbe ogni simpatia ed ogni scusa possibile se egli avessse ceduto alla avidità di conseguire una mercede profertagli. Ma la offerta di una mercede niente demoralizzerebbe la situazione del privato che avesse comprato l' arcano non per una sterile curiosità ma per una contingenza di suo bisogno. E la formula che più mi sembra adattabile a siffatta configurazioue sarebbe per analogia quella della necessità della propria difesa. È vero che tale necessità non sarebbe *assoluta* ma *secundum quid;* perchè il privato poteva astenersi dallo impegnarsi con quella persona se sospettava di lei, anzi che indagarne i segreti. Ma pure nelle contingenze della vita non repugna che si trovi una certa similitudine tra cotesto impulso ad agire e la necessità di tutelare la propria salute o la sicurezza delle sue proprietà. La ipotesi si può ripetere nel caso di un capitalista che ricercato di fare un cambio indaghi dal notaro del richiedente la vera situazione delle sue finanze. Tutte le volte che lo indagatore privato non agì per animo curioso o maligno ma per un suo grave interesse, parmi che alla istigazione manchi l' elemento morale della sua imputabilità. Ciò però porterebbe al singolare contrasto che mentre alla imputabilità del professionista basta la colpa, in colui che volesse punirsi come suo istigatore verrebbe a richiedersi una certa forma di dolo. Questi ed altri analoghi problemi male si risolvono con regole generali a priori, ma molto dipendono dalla prudente apprezzazione delle circostanze da farsi dal giudice. — Ciò che io qui scriveva nel §. 1649 incontrò censura da un mio dotto e riverito collega, il quale richiamando la questione sul testo della morale parve accusarmi di Macchiavellismo, ed insinuò che io ammettessi potersi fare il *male* per ottenere un *utile*. Ma io sono troppo alieno da tale scuola, nè intesi farle omaggio con ciò che scrissi

qui sopra. La morale non permette si faccia il *male* per ottenere un *bene*. Ma la morale bisogna contempli la situazione di un uomo che posto nella necessità di agire ha in faccia inevitabilmente due mali: e risponde che deve scegliersi il *male minore*. Il medico consultato dal nuovo cliente sulla salute del suo vecchio cliente è nella necessità di rispondere: se tace e se deduce di non poter parlare *a causa del segreto* esso ha già parlato. Se disconsiglia le nozze, tradisce il segreto. Se invece risponde che quella persona è sanissima e non vi è pericolo fisico per la donna che si getta fra le sue braccia, esso mentisce, esso inganna e tradisce il suo nuovo cliente, esso produce il male irreparabile della rovina di un' innocente. La mia morale m' insegna che dei due mali deve evitarsi il maggiore; e così risposi senza credere per questo di divenire utilitario. Debbo però confessare che la mia opinione ha contro di sè anche quella di Muteau (*Du secret professionel, Paris* 1870, *pag.* 215) che mediante un ragionamento assai lungo ma poco concludente sostiene che se è da me consultato il mio medico di fiducia sulla convenienza di sposare una ragazza che egli conosca infetta di male venereo, egli non può violare il segreto senza incorrere nella pena criminale. Io devo (dice Muteau) consigliarmi col medico di mia fiducia: ma se il medico mio confidente è lo stesso che cura la ragazza, a chi devo io rivolgermi? E poi vorrei che Muteau e gli autori sui quali si appoggia mi dicessero *come deve contenersi* il medico di mia fiducia quando io gli chiedo consiglio (ponendo la mia vita e l' avvenire della mia famiglia nelle sue mani) sul matrimonio da me progettato con una ragazza da lui curata. Si risponda qui. Mi si dica cosa deve fare questo medico. Se mi dice sposatela, mi tradisce e mi uccide. Se mi dice che non può parlare ha detto quanto basta per me (se non sono un allocco) perchè io apprenda il segreto; e il segreto è rotto. È o non è questo medico nella necessità di agire in faccia al suo cliente fiduciario? È facile declamare non doversi mai fare il male perchè ne segua un bene. Questa è

una verità santa che tutti sappiamo. Ma qui ripeto non trattasi di procurare un bene, ma di *evitare un male maggiore*. Ed allora quella regola così rovesciata diventa falsa. Il medico di mia fiducia, per una mia infermità mi ha ordinato una pozione da prendersi a piccolissime dosi perchè sorbita di un tratto darebbe la morte. Divenuto io possessore di quella bevanda, manifesto al medico la intenzione di farla sorbire alla mia moglie tutta in un tratto, ed ucciderla. Ecco un segreto acquistato da quel medico ad occasione della sua professione. Tacerà egli? E ripetendo gli argomenti di Mulean dirà che la legge la quale punisce i violatori dei segreti non fa distinzione; e dirà che limitando in questo caso la penalità della legge il giudice si *eleverebbe sopra la legge?* Tutti broccardi generosi che sovente riescono diafani e tradiscono chi ci si affida. Ma se queste ragioni di puro positivismo persuadono altri non persuadono me. Tanto vale difendere una creatura innocente dal veneficio che su lei voglia consumarsi mediante una pozione, tanto vale difenderla da un veneficio ugualmente micidiale che su lei voglia consumarsi con altro modo. Non si fa il male per un fine di bene, quando si agisce per salvare una vita umana. Si fa un male passeggiero per evitare un male gravissimo ed irreparabile. E questo non è Macchiavellismo, ma dovere cristiano.

§. 1650.

La rivelazione (fuori dei casi in cui la legge la imponga) commessa da un medico, chirurgo, levatrice, farmacista o da qualunque altra persona, dei segreti che abbia ricevuto in deposito per causa della professione, dello stato o dell'ufficio, è punita dal codice Toscano (art. 373) con l'esiglio particolare fino ad un anno e la interdizione dall'esercizio della professione fino a due anni; e se ne fu mezzo la diffamazione, il libello famoso, o la in-

giuria, col carcere fino a quattro anni; dal codice Sardo (art. 587) con la carcere fino a sei mesi e la sospensione dall' esercizio della professione. E così presso a poco puniscono questo reato le altre (1) legislazioni.

(1) Il codice di Parma (art. 415) puniva questo delitto con la carcere fino a sei mesi e con la sospensione dall' esercizio della professione — il codice Napoletano (art. 371) con la prigionia o confino di primo grado, con la interdizione a tempo della professione e con l' ammenda correzionale — il codice Francese (art. 378) lo punisce con la carcere fino a sei mesi e multa fino a 500 franchi — il codice Austriaco (§. 498, 499) con la sospensione ed in caso di recidiva con la privazione dell' esercizio della professione nel medico, con multa fino a 50 fiorini nel farmacista, e con l' arresto fino a 14 giorni nel suo garzone — il codice di Neuchatel (art. 204) con la carcere fino a tre mesi e multa fino a 300 franchi — il codice Spagnolo (art. 284) con la sospensione, l' arresto maggiore e la multa fino a 100 duros — il codice Badese (§. 541) con la multa fino a 300 fiorini o con la carcere fino a tre mesi — il progetto Portoghese (art. 360, 361) con la reclusione di seconda classe, e se ne resultò danno con quella di prima.

CAPITOLO VIII.

Violazione di domicilio.

§. 1651.

L' uomo appena vide il primo tramonto di sole volse attorno lo sguardo a cercarsi un ricovero dove posare le stanche membra; poi l' abito che sempre fu di lui supremo signore gli rese caro quel luogo

dove più avea preso consuetudine; ed ivi procacciandosi ripari avverso l' intemperie, e difese contro gli animali, e quindi a poco a poco le desiderate comodità, vi pose gli affetti suoi come a cosa carissima, e quasi parte di sè medesimo: e parvegli aver fatto una importante conquista quando potè dire quello è il mio ricovero, la mia casa, il mio domicilio. Così alla idea del domicilio vennero gli uomini gradatamente elevandosi come a cosa congiunta con la propria persona; ed a cotesto congiungimento furono da duplice forza condotti e legati, voglio dire dai materiali bisogni ai quali muovevano gli appetiti corporei, e dalle consuetudini dell' affetto, solenne aspirazione dell' anima, spesso più potente ancora degli stessi materiali bisogni. Questa unione della nostra personalità col luogo eletto a domicilio nostro fa sì che quando avvenga turbazione di quello (1) essa turbi non solo con una sentita realtà la quiete nostra, ma turbi ancora il sentimento della libertà propria come per offesa recata alla stessa nostra persona. Non può essere pertanto esitazione nessuna in ordine al collocamento del titolo di *violazione di domicilio* (2) nella classe dei delitti contro la libertà personale: poichè con simile oltraggio, meglio assai che la proprietà privata, si offenda un bene ideale che tiene al sentimento della individuale libertà.

(1) Presso alcuni popoli della Germania si ebbe tanto riguardo alla sicurezza dei domicilii che si creò un titolo speciale di delitto nella *violatia pacis domesticae;* sotto il qual titolo si puniva di morte ogni invasione violenta del domicilio altrui. Vedasi Struvio *tractatus de pace domesti-*

ca *pag.* 96, 119, 132 — Beyer *dissert. de violata securitate domestica* §. 35 — Emmingaus *jus susatense art.* 136, *pag.* 85. E gli interpetri sostennero che in questo reato il tentativo equivalesse al consumato delitto.

Questo titolo nell'art. 340 del nuovo progetto di codice penale del Cantone Ticino del 1869 viene denominato *Turbazione di asilo domestico*. Niente vi è a dire contro tale innovazione, suggerita probabilmente dal pensiero che la parola domicilio ha un senso proprio nel giure civile, per cui il codice penale dovendo proteggere la *dimora* anche *momentanea* (per esempio di un viaggiatore) esso verrebbe ad usare la parola domicilio in un senso improprio. Il codice Prussiano all'art. 214 e 346 n. 1, erasi uniformato al nostro concetto, classando la violazione di domicilio fra i delitti, e contravvenzioni contro *la libertà personale*. Ma il nuovo codice dell'Impero Tedesco al §. 123 ha posto questo reato nella classe delle offese contro *l'ordine pubblico*, perchè ha considerato come prevalente nella determinazione della classe la forma più grave della violazione di domicilio accompagnata dalle tre condizioni della *violenza*, della *turba*, e delle *armi*. Mi permetto per altro di osservare che se dovesse tenersi come determinante la classe di un malefizio la eventuale concomitanza di queste tre circostanze, non vi sarebbe delitto che non dovesse classarsi tra le offese contro l'ordine pubblico, perchè l'accessione di quelle circostanze è possibile in tutti i delitti. Anche Berner (*Lehrbuch* §. 169, *pag.* 406) e Geyer (nella *Enciclopedia* di Holtzendorff — *diritto penale* — *parte speciale pag.* 709) concordano nell'attribuire la violazione di domicilio all'ordine dei delitti naturali nella classe che ha per obiettivo la libertà individuale, o (come essi dicono) la pace domestica.

(2) Bibliografia — Jousse *justice criminelle part.* 4, *tit.* 24, §. 3, *n.* 2 — Muyart de Vouglans *instit. du droit crim. tit.* 7, *chap.* 2 — Blackstone *commentaries on the laws of England book* 4, *chap.* 16 — Beyer *dissert. de violatione securitatis domesticae* §. 19 *et seqq.* —

Bentinck *de domus sanctitate* — Rauter *traité de droit criminel n.* 362 — Bavoux *sur le code pénal chap.* 8 — Chaveau et Helie *théorie du code pénal n.* 1887 *et suiv.* — Tissot *droit pénal tom.* 2, *pag.* 87 — Haus *observations sur le projet de code pénal Belge tom.* 2, *pag.* 109 — Nypels *le droit pénal comparé pag.* 147 — Puccioni *Commento vol.* 3, *pag.* 444; *e vol.* 4, *pag.* 644 — Mori *teorica pag.* 178 — Pacheco *el codigo penal comentado tom.* 3, *pag.* 259.

§. 1652.

La *violazione di domicilio* si è talvolta contemplata meramente come fatto che derivi dall' abuso di una autorità la quale o per malevolenza o per suoi pravi fini o per falso zelo vada introducendosi arbitrariamente nel domicilio dei privati cittadini ad impacciarne la quiete o recar loro molestie e timori. Sotto cotesto punto di vista questo reato potè bene collocarsi nella classe dei delitti sociali, e precisamente fra quelli che rientrano nella famiglia degli abusi di pubblica autorità. Ma il progresso della scienza impose ai moderni codici perfezionati di prendere di mira questo fatto anche quando partiva da mero arbitrio di persone private: e per tal guisa non volendo scindersi la trattazione dello argomento si venne a rendere necessario in una esposizione scolastica di trattare al presente luogo cosi dell' uno come dell' altro caso (1).

(1) La violazione di domicilio trovasi dai codici contemporanei generalmente prevista nella ipotesi che si commetta da pubblico ufficiale. Il codice Napoletano (art. 233) il codice Parmense (art. 198) e il codice dei Grigioni (§. 204) la

colpiscono soltanto nel pubblico ufficiale: a cui il primo commina la interdizione della carica da due mesi ad un anno; il secondo la carcere da un giorno a tre mesi; e il terzo la deposizione e multa. Estendono le loro previsioni alla violazione di domicilio per parte del privato e la puniscono come segue gli appresso codici: il codice Prussiano (§§. 318 e 346 n. 1) pena prigionia fino a due mesi e multa contro il pubblico ufficiale, e fino a sei settimane o multa contro il privato; il codice Spagnolo (art. 299 e 414) pena sospensione e multa contro il funzionario, arresto maggiore e multa contro il privato; il progetto Portoghese (art. 221, e 263 e 363) pena la reclusione di prima o di seconda classe contro il pubblico funzionario, reclusione di seconda classe contro il privato; il codice del Brasile (art. 209 e 210) pena prigionia da uno a sei mesi sì contro l' uno come contro l' altro; il codice di Neuchatel (art. 80 e 189 a 191) pena carcere fino a quindici giorni contro l' uno e contro l' altro, salvo che questo codice aumenta gradualmente la pena fino al carcere di un anno e sino alla detenzione per due anni tenendo conto di ogni piccola circostanza accessoria come il tempo notturno, la chiave falsa o la scalata al mezzo di cui siasi fatto ingresso nella casa altrui e delle armi che seco recava l' invasore. Simili circostanze vengono pure calcolate con analoghi effetti dal codice del Valese (art. 269 a 271) dal codice di Vaud (art. 257 a 259 e 356) dal codice di Friburgo (art. 196 e 198). In Francia il codice del 1810 art. 184 prevedeva soltanto la invasione del domicilio illegalmente commessa dal pubblico ufficiale e la puniva con una multa da sedici a duecento franchi. Nella riforma del 1832 la penalità di questo caso fu elevata al carcere da sei giorni ad un anno; e ciò mostri come i codici penali si risentano sempre delle condizioni politiche. Di più in quella riforma fu aggiunto all' art. 184 un secondo alinea che previde il caso della invasione di domicilio commessa dal privato, e la punì con multa e carcere da sei giorni a sei mesi, ma soltanto quando fosse stata eseguita al mezzo di violenze o minaccie: senza tali circostanze non sembra

che le leggi di Francia perseguitino criminalmente la invasione privata. In questo senso si pronunziò la Corte di Chambery con la decisione del 28 febbrajo 1867 malgrado la rottura dell' uscio: vedasi Morin *art.* 8459 *e* 8852. Notevole nella giurisprudenza francese è la massima che la violazione di domicilio per parte della pubblica forza non si commette dalla medesima finchè chiede al privato che le apra l' uscio della sua casa. Essa è nel diritto di chiedere ciò anche senza ordine speciale, ed in qualunque tempo, salvo al privato la facoltà di aderire o il diritto nei congrui termini di rifiutare. Il reato di violazione di domicilio nasce allora soltanto quando il privato abbia opposto rifiuto mentre era nel diritto di opporlo, e malgrado ciò gli agenti della forza si siano voluti introdurre. In termini la Cassazione di Francia 16 aprile 1812, Decisione a Camere riunite. Interessante su questa materia è la dissertazione di Achille Morin intitolata *de l' inviolabilité du domicile — Des visites domiciliaires et de l' arréstation à domicile, spécialement pendant la nuit*, che trovasi nel suo *Journal du droit criminel art.* 9015.

§. 1653.

Ma qui bisogna innanzi tutto avvertire che il titolo di *violazione di domicilio* non sorge come titolo di per sè stante se non quando il medesimo non siasi posto in essere pel fine di servire di mezzo ad un altro delitto, o non abbia ad un altro delitto effettivamente servito. Così la nozione del presente reato ha bisogno di essere costruita primieramente sopra questo criterio *negativo*. Tutte le volte che la invasione del domicilio possa punirsi *come mezzo* diretto a consumare più grave malefizio, il titolo minore scomparisce affatto per cedere il luogo al più grave, e nel medesimo compenetrandosi può tutto al più venire qualche volta considerata come

circostanza aggravante del reato principale. E dico qualche volta, perchè non vado d'accordo neppure su questo proposito con quei codici moderni che inspirandosi alla retta veduta di definire singolarmente tutte le circostanze così aggravanti come diminuenti, credettero di procedere a cotesto grande lavoro con massime generali applicabili a tutti i delitti. Così volle taluno enumerare indistintamente fra le circostanze aggravanti di qualsiasi malefizio la intervenuta violazione di domicilio: ma non si avvertì che poteva esservi qualche speciale malefizio del quale la sua consumazione nel domicilio rendeva forse minore la quantità naturale di quello non sarebbe stata se l'istesso reato si fosse commesso con maggiore scandalo o pubblicità nella casa stessa del colpevole od in casa terza, anzichè nella casa dell'uomo oltraggiato. Ci sembra dunque più esatto di dire che la circostanza del violato domicilio quando servì di mezzo ad altro delitto, o lo aggrava, o rimane indifferente, ma sempre questo titolo speciale è assorbito nell'altro. Nè soltanto questo fenomeno giuridico (che è una conseguenza costante della teorica (1) della prevalenza) si avvera quando il reato al quale tendeva l'arbitraria invasione del domicilio altrui ebbe la sua piena consumazione. Molte volte la stessa invasione del domicilio assume la figura di atto esecutivo di un delitto principale; e quando i suoi caratteri di univocità ed idoneità lo consentano, va a far parte di quella somma di momenti materiali che costituiscono un conato punibile (2): ed anche allora il titolo di violato domicilio più non è obiettabile all'accusato, perchè ciò sarebbe una ingiusta duplicazione di rimprovero.

Nella pena maggiore del tentativo esso trova senza più la conveniente repressione.

(1) Alla teorica della prevalenza niente si oppongono le regole di ragione comune sanzionate da vari frammenti del diritto romano; *leg.* 56, 155, §. 2 *et* 192 *in fin. ff. de regulis juris; leg.* 32 *et* 42 *ff. de poenis; leg.* 10 *in fin. ff. de rebus dubiis:* regole che ha dottamente esornato il Brugnoli nel suo libro testè pubblicato sotto il titolo *Regole immutabili di diritto universale (Reg.* 127, *pag.* 119) e che nel repertorio è stata riassunta alla parola *delitto* con la formula — *un delitto coercibile con più pene dee punirsi con la minore.* Coteste regole cadono acconcie tutte le volte che il caso sia dubbio, od oscura la sentenza, o la legge che si deve applicare. In tale incertezza è evidente dover vincere la opinione più mite, e ci guardi Dio dal contradire questo santo assioma. Ma la teorica della prevalenza non suppone *dubbiezze:* suppone che sia chiara e certa la combinazione che un fatto cada, considerato in sè stesso, sotto una legge penale; e cada sotto altra legge penale più grave, se si considera il fine a cui mirava il colpevole. Per esempio si è usato violenza per rubare, ma non si è potuto consumare il furto: l'azione materialmente guardata esaurisce i termini di una violenza consumata; ma guardata nel fine del colpevole esaurisce le condizioni del furto tentato. Dovrà dunque dirsi che si ha un delitto il quale cade sotto due leggi e che perciò la pena del furto tentato perchè assai più grave non deve applicarsi, e deve applicarsi la minor pena della violenza? No: e neppure credo che l'illustre giureconsulto versiliese abbia voluto affermare cotanto. Qui non vi è incertezza: certo è il *delitto mezzo;* certo è il *delitto fine:* col primo si è attaccata la sicurezza individuale, col secondo la proprietà: se si applicasse soltanto la pena più mite destinata al *delitto mezzo*, l'attacco contro il diritto di proprietà rimarrebbe senza repressione: ciò non è possibile. Ciò condurrebbe all' assurdo

di porre a miglior condizione lo attentante che nei suoi atti esecutivi fosse venuto consumando uno speciale delitto, ed a peggior condizione sarebbe un attentante che nei suoi atti esecutivi non trovasse come configurare un delitto speciale: questo è repuguante. Si rispetti dunque l'aurea regola *in dubiis pro reo* finchè si rimane nel *dubbio:* ma quando il fatto cade in modo certo sotto due leggi, è la pena più severa quella che deve applicarsi affinchè i due diritti tutelati dalle due leggi lo siano costantemente. Questo precetto non ha altra eccezione tranne quella necessariamente connessa al principio ontologico, la quale si verifica quando *il fine criminoso* al quale tendeva *il mezzo criminoso* distrugge *la essenzialità* del delitto mezzo, come notammo al §. 1565 nota, avvenire (specialità da non dimenticarsi) nella *vis privata*.

(2) Così la violazione di domicilio può essere un *tentativo* di altro delitto; ma non ammette *tentativo*, come osserva giustamente anche Schütze (*Lehrbuh* §. 67, *pag* 275) per la palpabile ragione che quando sono incoati gli atti esecutivi della invasione la pace domestica è già turbata. Ed anche questo esempio valga a disingannare coloro che novellamente vennero insegnando doversi in tutti quanti i delitti trovare la ipotesi del *tetativo*, e del *delitto mancato*. No. Queste ipotesi si troveranno solo in quei reati nei quali le respettive condizioni ontologiche ne ammettano la possibilità.

§. 1654.

Così circoscritto lo studio del presente titolo entro i puri limiti della sua forma semplice, il reato di *violazione di domicilio* può definirsi — *la introduzione o la dimora nel domicilio altrui contro volontà di chi ha diritto di escluderlo eseguita senza motivo legittimo*. — Da tale definizione emergono spontanei i quattro estremi o criterii essenziali che (oltre il criterio negativo accennato di sopra) co-

stituiscono il presente maleflzio, e sono: — 1.° *introduzione o dimora arbitraria* — 2.° *domicilio* (1) *altrui* — 3.° *volontà contraria dell' abitatore* — 4.° *mancanza di motivo legittimo*.

(1) Non equivale l' ingresso nel *fondo* altrui, quantunque punibile nella pratica come *ingiuria:* Mevio *decisiones, pars* 1, *decis.* 54, *n.* 8. Questo fatto dà vita ad un titolo speciale che trovasi fra i reati contro la proprietà immobiliare, salvochè il fondo rurale sia in tal guisa connesso con il luogo destinato all' abitazione da formarne una vera e propria adiacenza: e salvo che sia munito di una cinta. Questa ultima idea si esprime generalmente con la parola *chiuso*. Ma qui non vi è contradizione con quello che dico al §. 1656. Tale dubbio può nascere dal doppio senso della parola *chiuso*. In un senso largo ed improprio la parola *chiuso* significa *recinto ;* e questa condizione è necessario che il locale l' abbia onde possa formare il soggetto passivo del presente reato. Nel senso più proprio e ristretto la parola *chiuso* vuol dire *serrato*, e così dicesi aperta una casa quando ne è aperto l' uscio. E questo è il senso nel quale io l' adopero al §. 1656, ove dico che la *chiusura* del luogo non è requisito essenziale al presente reato.

§. 1655.

1.° *Introduzione e dimora arbitraria.* — Nasce spontaneo il bisogno di congiungere queste due forme come ha fatto il codice Toscano (art. 363) in emenda di altri codici che parlavano soltanto d' introduzione, per il motivo evidente che il domicilio si viola tanto con l' introdursi nel medesimo contro la volontà dell' abitatore, quanto col trattenervisi contro tale volontà anche quando la intro-

duzione sia stata in principio tollerata o permessa. Dicesi poi *arbitraria* per definire questo reato nel suo concetto più largo secondo il quale non si esige il concorso della *violenza;* dove intervenga ancor questa, o sia che si estrinsechi con incussione di timore o con uso di forza fisica, può costituire il più grave titolo o di minaccia, o di lesione personale nel quale si assorbisca la imputazione di violato domicilio per la prevalenza del mezzo sul fine: e quando ciò non avvenga perchè difettino gli speciali requisiti di questi due titoli la violenza (non accolta come criterio essenziale) rimarrà criterio aggravante del reato. E dicendo arbitraria si viene implicitamente a dire che sotto il rapporto dell' elemento intenzionale anche questo delitto (come già si disse in proposito dell' apertura di lettere) esige l' estremo del *dolo,* non potendo immaginarsi la perseguibilità penale di una violazione di domicilio colposa. Aperta è su ciò la *l. 5, C. unde vi,* ed intuitive ne sono le ragioni.

§. 1656.

2.° *Domicilio altrui.* — Non è il diritto di proprietà che si viola con questo reato; non è una cosa materiale che si offende; ma un diritto inerente alla umana personalità che irraggia nell' ambiente destinato al di lei ricovero. Perciò niente interessa che l' abitatore del luogo sia o no proprietario; anche colui che abbia preso alloggio nella camera di una locanda ha diritto di lagnarsi di offesa alla sua personalità se altri introducendosi in quella ed ostinandosi a rimanervi lo disturba nella

quiete e minora la sua libertà (1): la parola domicilio vuol essere dunque intesa a questo luogo non nello stretto senso del giure civile, ma nel senso larghissimo designativo di qualsisia luogo che l'uomo abbia lecitamente scelto a propria dimora quantunque precaria: e così senza distinguere se sia scelto a dimora *continua* o soltanto di qualche ora o del giorno o della notte; ed anche per una speciale destinazione transitoria come un laboratorio o un casotto da paretajo, purchè la invasione accada durante l'attualità dèlla sua destinazione. Così anche lo stesso padrone del luogo può rendersi colpevole di tale reato quando abbia ad altri ceduto il diritto di abitarlo. Niente del pari interessa che il luogo trovisi in *città* od in *campagna;* che sia *aperto* o *chiuso;* che sia assunto a dimora per la intera *giornata* o soltanto per *alcune ore* della medesima. Nella protezione del domicilio vengono incluse eziandio le sue *appartenenze,* le quali espressamente si sono contemplate dal succitato articolo del codice Toscano. Dipenderà dalla prudenza del giudice lo stabilire le condizioni di tali *appartenenze* che valgano a configurare la presente specie di offesa; accuratamente distinguendola dall' *ingresso arbitrario nel fondo altrui,* altro speciale titolo di delitto che troveremo fra i reati contro la proprietà, e l' *oggetto* del quale è tutto distinto da quello del presente malefizio. Là si viola il diritto del possessore sulla cosa; qua si viola un diritto inerente alla nostra personalità.

(1) Finchè si considera il caso dell' abitatore della *camera* il quale *non vuole* lo ingresso altrui mentre il proprietario

o abitatore della rimanente casa *vorrebbe* quello ingresso, la regola è certa, e indubitatamente vince il domiciliatario proibente. Ma nel caso rovescio la questione è delicatissima, complicata, ed in qualche sua forma perplessa. Io abito legittimamente una camera in casa altrui ed ivi ricevo frequentemente un amico: ma il proprietario ed abitatore della rimanente casa ha in uggia colui; non vuole che transiti dalle scale alla sala, nè che (in una parola) si introduca in quel luogo che è pure suo domicilio. Se l'amico così respinto si introduce malgrado la opposizione nella mia camera sarà egli colpevole di violato domicilio, e perseguitabile a querela del padrone della casa? Parrebbe che nò. Ciò non ostante il tribunale di Matera con decisione del 15 aprile 1869 (pubblicata nella *Temi Italica n. 22, anno 3*) condannò come colpevole di violazione di domicilio un amante che erasi introdotto notturnamente in casa altrui nella camera della fantesca col consenso di lei, e come complice dello stesso delitto la fantesca che ce lo aveva introdotto. Si può dunque avere diritto di domicilio in una casa e lo esclusivo diritto al godimento di una camera in quella casa, e commetter delitto introducendo altri in quella camera? Un domestico non può dunque senza incorrere nella carcere introdurre (senza fine delittuoso) un amico nella camera che il padrone ha destinato ad esclusivo godimento del domestico stesso? Che l'azione sia indelicata ed anche immorale ne convengo; ma che io violi il domicilio col condurre un amico in quella stanza che è legalmente il *domicilio mio* (e sfido a negarlo) mi sembra repugnante. Il domicilio è una cosa distinta dalla proprietà. Può una casa essere proprietà di un solo ed essere domicilio comune a molti. La massima in *re communi potior est conditio prohibentis* è buona in civile; ma non sempre lo è ai fini penali; perchè il fatto del godimento del domicilio per parte del consenziente che introduce l'estraneo esclude il dolo nello estraneo medesimo. Salvo dunque il dovuto rispetto ai giudici di Matera io non mi sottoscriverei alla loro sentenza. Non deve mai dimenticarsi che per

questo titolo di reato la *proprietas*, e la *possessio civilis*, non hanno valore determinante per autorizzare il diritto di ripulsa. E tanto sono vere queste mie idee che Schütze (*Lehrbuch* §. 67, *nota* 5, *pag*. 275) insegna come cosa non dubbia che questo delitto può avere luogo anche fra i coinquilini, e per parte del padrone a danno dell' inquilino. Io avrei dunque più volentieri condannato il padrone se di notte fosse andato nella camera della fantesca, lei dissenziente, piuttostochè l' amante che vi aveva acceduto lei consenziente. E su questo proposito giova ricordare che sebbene nel foro Alemanno si disputasse in addietro, se il presente titolo potesse adattarsi all' ingresso arbitrario eseguito dal *di dentro al di dentro*, ma fosse necessario un ingresso dal *di fuori*, pure la prima e più larga opinione ha oggi prevalso anche in Germania, come insegna Berner *Lehrbuch* §. 169, *pag*. 407, *nota* 1.

§. 1657.

3.° *Contro la volontà di chi ha diritto di escluderlo* — Cotesta volontà non crederei che bastasse semplicemente *presunta* ma che dovesse esserne condizione una manifestazione in qualsisia modo fatta e conosciuta dal giudicabile. Altro è la *mancanza* di permesso, altro è la *interdizione*. Nelle giornaliere bisogne della vita troppo sarebbe se dovesse sempre mandarsi un ambasciatore a chiedere licenza tutte le volte che occorre bisogno di introdursi nell' altrui domicilio. L' uomo che alla prima intimazione si ritira dalla casa ove si era introdotto mostra di avere agito sotto l' influsso di una presunzione di permesso che deve metterlo al coperto da ogni accusa criminale. Ma la manifestazione di volontà contraria una volta fatta mercè il

divieto di introdursi nella nostra casa, vale a porre l' interdetto in una permanente condizione di dolo se infranga il divieto, ancorchè nell' attualità del fatto il padrone non fosse presente a ripetere la intimazione.

Non può peraltro esigersi una forma speciale di proibizione. Vale qui l' argomento della *l. 20*, §. *1*, *ff. quod vi aut clam — prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu: idest vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia.* Bisogna però avvertire che la manifesta proibizione dell' inquilino può talvolta al fine di costituire il dolo nell' invasore trovare un equipollente nel *modo* stesso usato da costui. Quando la introduzione sia clandestina o insidiosa, per la medesima si fa chiaro che l' invasore usando arte o malizia onde introdursi nascosamente nella casa altrui mostrò di avere la coscienza di osteggiare la volontà dell' abitatore della casa, e vanamente dedurrebbe poscia di non avere ricevuto la proibizione. Varrebbe a ciò la regola di ragione comune per cui lo *impedimento* alla proibizione equivale alla proibizione; e potrebbe ben dirsi che ha impedito la proibizione colui che ha cercato introdursi nell' altrui casa in modo che lo inqnilino non ne acquistasse conoscenza (1). Insomma è questo un punto delicatissimo che tutto dipende dalla prudente apprezzazione delle circostanze speciali.

(1) La proposizione che ad avere il delitto di violazione di domicilio occorra una cognizione positiva della volontà contraria dell' inquilino parmi che per argomento si assodi sulla *l.* 1, §. 10, *ff. quod vi aut clam* — ivi — *si quis ta-*

men imbecillitate impeditur, vel etiam ne offenderet vel te, vel eum, qui te magni faciebat, ideo non venerit ad prohibendum, non videbitur adversarius vi fecisse; et ita Labeo scribit.

§. 1658.

4.° Aggiungo alla definizione *senza motivo legittimo,* non solo per escludere dalla nozione del maleflzio il fatto del pubblico ufficiale che per ragione di suo servizio e con le debite condizioni si introduca nel domicilio altrui; ma per escluderne eziandio il fatto del privato che si ricoveri in casa altrui per una qualche urgente necessità di propria difesa, o acceda presso altri per un motivo legittimo non difficile a ravvisarsi nelle varie contingenze dei casi (1). L'elemento intenzionale di questo reato che sotto il punto di vista negativo si può nei congrui termini circoscrivere nell'assenza del fine di commettere un altro delitto, sotto il punto di vista positivo bisogna che si configuri in una veduta in qualche guisa inonesta o almeno inurbana che manifesti in sostanza l'intendimento di far cosa che si conosce essere dispiacevole ad altri. Anche la importunità può in codeste condizioni doventare delitto, ma definirne i confini dipende dalla delicata apprezzazione del giudice (2).

(1) Un caso di ingresso arbitrario nel domicilio altrui che è immune da delitto lo esemplifica il Bergero *de larvis cap.* 4, *sect.* 2, §. 56, nella ipotesi delle persone mascherate che in tempo di carnevale si introducono nelle altrui case dove ciò è permesso dal Principe o indotto dalla consuetudine locale. Senza un tale uso o permesso è però da osservarsi che la maschera anzichè escludere il delitto lo aggraverebbe.

(2) La difficoltà di ben definire cotesto *fine* si rileva da ciò che scrive Decamps *(Contre projet de code pénal pag. 4, Bruxelles 1864)* — *Le projet veut punir les violations de domicile commises par des particuliers, et il a raison: mais les incriminations des art.* 490 *à* 493 *pourraient, quoi qu' en dise l' esposé des motifs, s' appliquer à l' homme qui se seroit introduit dans une habitation ou ses dépendonces sans oucune* intention coupable *(par exemple, pour se trouver à un rendez vous, pour y reprendre les animaux qui se sont échappés) il faut que la loi ne punisse quė la violation de domicile « exécutée* dans un but criminel, *dans l' intention* de commettre un crime ou un délit » *ou plus généralement le fait commis* méchamment ou fraudoleusement: *odopter une autre incrimination ce serait sacrifier la liberté et lo sureté des citoyens, uniquement pour que le Ministère public n' ait pos besoin de se mettre en peine de prouver l' intention coupable.* — Meditando questa osservazione che a primo aspetto sembra giustissima si scorge che nella medesima si unificano duo concetti fra i quali intercede un abisso. Altro è dire che la violazione del domicilio non deve punirsi se non è commessa *dons une intention coupable*, oppure *méchamment:* lo che è verissimo: altro è dire che non deve essere punita se non quando avvieno per il fine *de commettre un crime ou un délit.* Con questa seconda frase si edifica una teorica totalmente diversa dalla prima, e più non si punisce la violazione di domicilio *per sè stessa* come offesa alla *libertà* personale; ma si punisce come un tentativo remoto al quale manchino le condizioni per essere colpito come tentativo. In una parola non si scioglie con ciò la questione fondamentale che è la più vitale, e la più delicata nello esame del presente argomento. La violazione di domicilio quando è fatta scientemente a dispetto del proprietario ha ella bisogno per venir punita di essere diretta *od un altro delitto?* Se si afferma ciò è evidente che il fatto non si punisce più come *violazione di domicilio* nè per *proteggere il domicilio*, ma

solo in quanto era *mezzo* per violare un altro diritto. Ma la *intenzione criminosa* e la *malvagità* non consiste ella in questo reato nel *solo fine di violare il domicilio?* Non si ha qui un diritto che (indipendentemente da ogni altro diritto) merita per sè solo la *sua speciale protezione?* Chi entra in casa mia, a mia insaputa, per spiare i miei fatti, per leggere i miei fogli, non agisce egli per una curiosità *malvagia* quantunque non intenda commettere *un altro delitto?* Chi vi entra e vi si trattiene quando io lo discaccio, per farmi onta o dispetto, nôn ha egli un *fine criminoso* nella stessa violazione di domicilio, con la quale lede un diritto mio? Io lo penso: perchè scorgo bastante oggettività giuridica al malefizio nel solo diritto della *inviolabilità del domicilio*. Ad ogni modo lo segnalo questo punto come il più scabroso ed il più delicato nel presente argomento.

§. 1659.

Del resto ciò che ho accennato in proposito del pubblico ufficiale richiama a più particolari osservazioni. Il titolo di violato domicilio non fu preso in distinto esame dalle antiche legislazioni. Nel giure romano se ne trovò fatto cenno alla *l. 21*, §. *7*, *ff. de furtis;* ove prevedendo il caso di chi si fosse introdotto nell' altrui casa a fine di rubare, il giureconsulto rispose che non era ancora reo di furto ma responsabile soltanto di *ingiuria*. Lo che bene poteva adattarsi alla vasta nozione che ebbero del delitto di *ingiuria* i romani, affatto difforme da quella che ha prevalso nel giure moderno. La vecchia pratica quando ebbe occasione di occuparsi di consimili fatti ora vi applicò il titolo di *ingiuria*, ora vi adattò quello della *violenza privata*. Ma il titolo speciale di *violato domicilio* è veramente crea-

zione delle scuole moderne, e la genesi di cotesto titolo risale appunto alla contemplazione del caso di una arbitraria invasione operata dal pubblico ufficiale. I popoli amanti di libertà che intesero a procacciarne la tutela mediante provvedimenti legislativi, vollero che il domicilio del cittadino si dichiarasse inviolabile anche in faccia agli agenti della pubblica forza; ed anche a quelli interdissero di penetrarvi senza gli ordini della competente autorità, e senza quelle condizioni che potevano renderlo necessario alla pubblica sicurezza. Di qui nacque nei codici penali il titolo di *violato domicilio* che in principio fu ristretto alle invasioni arbitrarie della pubblica forza, ed in alcuni codici contemporanei è (come sopra ho notato) tuttavia ristretto a quel solo caso. Così creato una volta il titolo, il progresso della scienza portò alla specificazione di questo reato anche nella ipotesi di violazione commessa da persona privata; e per tal guisa il titolo stesso è venuto ad assumere nelle legislazioni più complete una duplice forma. La qualità personale del delinquente e la concomitanza dell' abuso di una pubblica potestà è divenuta così un criterio misuratore in questo maleflzio, sebbene più esattamente guardando la cosa possa sembrare che le qualità personali dell' agente diano piuttosto al delitto i caratteri di una diversa specie la quale voglia essere noverata fra gli abusi di autorità. Ma poichè il diritto violato è l' identico, ci è piaciuto richiamare alla presente sede anche l' accenno di questo caso.

Io diceva dunque che la qualità di persona pubblica e l' abuso di tale qualità imprime alla violazione del domicilio un carattere di gravità maggiore

che ne aumenta la quantità politica: perchè sebbene il danno immediato possa eventualmente non offrire sostanziali differenze, se ne accresce però notabilmente il danno mediato per la maggiore difficoltà in cui versa il privato di difendersi contro una invasione di domicilio commessa sotto il pretesto di un atto di giustizia. Malgrado ciò è da osservarsi che il codice Sardo agli articoli 205, 206 parifica nella pena entrambo le ipotesi, minacciando il carcere fino ad un anno e la multa fino a trecento lire tanto contro la violazione del domicilio commessa dal pubblico ufficiale per mezzo della sua qualità, quanto dal privato purchè mediante *insidia* (1) o violenza; chè se la introduzione del privato nel domicilio altrui contro volontà del padrone si eseguisca senza insidia e senza violenza, non incorre per cotesto codice pena veruna.

(1) L'art. 206 del codice Sardo non definisce quali sieno i caratteri della insidia: ma è facile ravvisarlo. Essa si verificherà così allora quando il colpevole siasi nascostamente intruso nell'altrui casa senza farsi vedere, come quando vi si sia introdotto con falsi nomi o con pretesti che valessero a farvelo accogliere, specialmente nell'assenza del capo di famiglia. In una parola il caso che rimane escluso da pena nel codice Sardo e che cade sotto la sanzione del codice Toscano, è quello di chi senza usare minacce nè violenza, sfacciatamente entri nell'altrui casa e persista a volervi stare a dispetto dell'inquilino che gl' intima di andarsene. La differenza che intercede fra questo e l'altro caso sta nel mancante pericolo di danni ulteriori oltre la momentanea restrizione della personale libertà. Questo punto di vista, che sembrò bastevole a meritare censura agli occhi del legislatore toscano, non è sembrato tale agli occhi di altri molti legislatori contemporanei.

§. 1660.

Tutto opposto criterio ha adottato il codice Toscano il quale mentre esagera il rigore contro il privato, punendolo (art. 363) col carcere fino a sei mesi anche dove non concorra la insidia nè la violenza, procede poi (art. 190, §. 2) con la massima lenità contro il pubblico ufficiale, decretando una multa che può scendere fino a trenta lire toscane: pena risibile e che valeva meglio dimenticare se volevasi (come comandavano i tempi nei quali si promulgava (1) quel codice) largire le più benigne protezioni alla pubblica forza contro il privato, e nessuna efficace concederne al privato contro gli abusi della pubblica forza. È vero che lo stesso art. 190 al §. 1 minaccia la carcere fino a tre anni quando l' agente della forza pubblica abbia proceduto per odio o cupidigia o altra privata passione: ma ognuno comprende come sia quasi impossibile provare il movente di siffatta passione a carico di individui ai quali è sempre pronto il pretesto di un qualche sospetto che converta le loro malvagie intenzioni in un eccesso di zelo. Bensì in faccia al codice Toscano combinando gli articoli 190 e 363 nascerebbe la questione se anche l' agente della forza potesse essere colpito dalla pena comune prescritta dal secondo di tali articoli quando si fosse introdotto arbitrariamente nella casa del privato senza operare perquisizione: ed il dubbio nasce da questo, che l' art. 190 tassativamente designa come condizione del fatto che ivi contempla la *perquisizione* operata. Questo pensiero si conforta della opi-

nione analoga emessa dal Ferrariotti *(commento al codice Sardo, art. 215, n. 1)* ove insegna come regola che l' agente della forza pubblica non incorre nella censura speciale ma rientra nel diritto comune quando per introdursi nell' altrui domicilio non ha spiegato la sua qualità.

(1) Nel primitivo progetto compilato dal Mori il corrispondente art. 229 giaceva in ben diversi termini. Eccolo — *ogni agente della forza pubblica, il quale senza averne il mandato dalla legge a dall' autorità competente eseguisce un arresto ad una perquisizione, soggiace alla carcere da tre mesi a tre anni ed alla destituzione, o nei casi più leggieri alla carcere fino a tre mesi ed alla sospensione* —. Questo era un articolo dettato per un popolo libero. Ben faceva mestieri che nel 1853 si convertisse nel nuovo art. 190 che non contiene una pena contro il colpevole ma piuttosto una derisione contro la vittima. Trenta lire di multa contro un ufficiale che commette un arresto o una perquisizione arbitraria è una pena insensata: e meglio valeva dir francamente non vogliamo che i nostri difensori siano puniti ancora se eccedono, perchè a noi cale la inviolabilità degli agenti della forza meglio assai che la inviolabilità di domicilio. Ma la frivolezza delle penalità comminate nel codice del 1853 contro gl' impiegati è stata generalmente giudicata meritevole di censura.

§. 1661.

È finalmente intuitiva la ragione per cui questo delitto non si perseguita generalmente che *a querela di parte*, sì perchè pel medesimo non si commove a grande allarme la società quando taccia l' offeso; sì perchè il silenzio di questo fa presume-

re che il fatto non avvenisse contro la positiva sua volontà. Ma una elegante questione in proposito alla potestà di muovere querela contro l' invasore del nostro domicilio, sorge nel caso in cui alcuno abbia fatto uso di violenza per respingere l' invasore dal suo domicilio, e poscia voglia ancora querelarsi criminalmente per la fatta invasione. Svolgesi in tale fattispecie la teorica generale della compensazione delle ingiurie e della mutua elisione degl' interdetti. Svolgesi il principio generale di diritto per cui il privato quando abbia fatto uso della propria forza alla sua giusta difesa, se la necessità del momento vale a scusarlo dall' obietto di ragione illecitamente fattasi *(l. 1, C. unde vi)* non però si ravvisa in lui la perseveranza della facoltà di invocare contro l' altro (come diversamente avrebbe potuto) l' autorità giudiciale, perchè l' esercizio della privata tutela importa *presunta renunzia* alla facoltà di invocare la tutela giudiciale. Questa tesi si avvalora per argomento dal responso di U l p i a n o alla *leg. 7, §. bellissime 3, ff. quod vi aut clam*, e dalla *l. 22, §. si ad januam 2, ff. ibid.*

§. 1662.

La pena di questo reato quando è commesso senza violenza *dal privato* dev' essere mite per tenerla in proporzione con le penalità degli altri delitti contro la proprietà, o contro le persone. Sarebbe assnrdo che chi è entrato in casa mia per rubare ed ha rubato, e chi è entrato in casa mia per percuotermi e mi ha percosso, trovasse una maggior pena nella violazione di domicilio che nelle percosse

o nel furto. A questa difficoltà, che da molti scrittori si è rilevata al fine di negare la punibilità della invasione semplice, non si ripara se non che armonizzando con l' articolo che punisca la violazione di domicilio tutti gli altri articoli che contemplano altri leggieri reati; determinando che il furto, le lesioni, le ingiurie e il danno dato si abbiano come aggravate quando vi concorre la invasione di domicilio, e incontrino un castigo che possa superare quello della invasione semplice. Per procedere diversamente bisognerebbe accettare come massima che il diritto della inviolabilità domiciliare è più importante di quello nol sia (nei minimi casi) il diritto di proprietà, di onore, o d' integrità personale. Qui sta la grande difficoltà del presente argomento. Ma certamente bisogna che la legge non ponga l' invasore del mio domicilio nella situazione di dovermi dare dei pugni per incontrare una pena minore.

CAPITOLO IX.

Plagio.

§. 1663.

Anche questo titolo di reato subì quelle vicende e trasformazioni che a tutte le umane cose vengono imposte dal variare delle popolari costumanze e delle condizioni dei tempi. Finchè durò il paganesimo, e con quello la sconoscenza della immortalità dell' anima e della umana personalità, l' uomo considerato come niente meglio di un animale più perfetto si trovò noverato fra le *cose;* e lui si ri-

conobbe come possibilmente soggetto alla proprietà dell' altro uomo. La cosmogonia pagana che riputava gli uomini come *autoctoni* doveva bene per forza logica non incontrare repugnanza a noverare in certe condizioni anche gli uomini fra le *cose*, e più specialmente fra le cose *humani juris*. Di qui la istituzione della schiavitù (1) che può dirsi universale appo le genti dell' antichità, e che ebbe la sua prima genesi nel mancato riconoscimento della natura spirituale che è nell' uomo, e della unicità di derivazione della specie umana da un solo stipite, e nella conseguente negazione della fratellanza umanitaria; per cui considerate le genti straniere come appartenenti a razze totalmente diverse si credea lecito di farle mancipie alla dominazione di coloro che consideravano sè stessi come progenie più eletta. È per siffatto pensiero che si è veduta anche ai di nostri mantenere ostinatamente la schiavitù a carico dei poveri negri, appunto perchè si volevano guardare come una razza differente, o per lo meno come una razza degenerata. La presenza della istituzione del servaggio in un popolo, ammettendo una volta la proprietà dell' uomo sull' uomo, induce a prevedere che l' avidità umana venga ad esercitarsi facilmente ancho su questo campo come si esercita su tutte le cose inanimate che sono passive di dominio e delle quali l' uomo può farsi padrone e da una mano all' altra trasmette. Dove la schiavitù si ammette non può non essere frequente il furto dell' uomo commesso per fine di venderlo come schiavo e fare del suo corpo indebito lucro. E difatti il *plagio* (2), nome che nella sua origine stette appunto ad esprimere il nascondimento o soppressione di un servo

a danno del padrone, od anche lo involamento di un uomo libero per venderlo come schiavo, trovasi frequentissimo nella antichità, sia che si rubasse al suo padrone un uomo già fatto servo, sia che si rubasse a sè stesso con impadronirsene e speculare sovra il suo corpo. Tale frequenza ci viene attestata dagli storici, e dalla stessa moltiplicità delle leggi, e dalla severità delle pene emanate appo tutte le genti (3) contro il delitto di plagio.

(1) Sulle origini e sui diversi concetti giuridici della schiavitù trovasi un dotto riassunto nella opera dell' illustre Tissot *Principes du droit public vol.* 1, *liv.* 1, §. 2, *pag.* 22. Ma il *plagio* moderno che qui si considera come delitto non richiede per essenza sua la riduzione dell' uomo allo stato di una vera e propria schiavitù, e si costituisce da qualunque impossessamento del corpo altrui con privazione anche parziale di libertà purchè non sia diretto ad un fine speciale e momentaneo, ma intenda ad usufruire quel corpo ad un lucro proprio contro la volontà del paziente per un tempo indefinito o almeno prolungato.

(2) Sulla etimologia della parola *plagio* dissertano gli eruditi. Vedasi Cujacio *ad Paulum senten. V.* 6, §. 14, *nota* 74 — Wissenbach *disput. ad h. t. Pand.* §. 20 — Mattheus *de criminibus lib.* 48, *tit.* 12, *cap.* 1, *n.* 2. Alcuni la desumono da un concetto obiettivo quasi *piaga* che si reca alla famiglia; alcuni da un concetto subiettivo traendola dal nome delle reti tese ai pesci. Dispute di mera erudizione che non fanno fare un passo alla dottrina puramente filosofica.

(3) Bibliografia — Alciato *parerga juris lib.* 1, *cap.* 25 — Gregorio *syntagma lib* 36, *cap. ult. n.* 7, 8 — Duareno *lib.* 9, *cap.* 20, *vol.* 3, *pag.* 225 *ed. Luc.* — Claro *lib.* 5, §. *fin. quaest.* 68 — Bossio *tractatus, tit. de plagiariis* — Boerio *dec.* 275 — Deciano *tract. crim.*

tom. 2, *lib.* 7, *cap.* 10 — Ursaya *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 8 — Popma *de operis servorum pag.* 166 — Alphani *vol.* 1, *pag.* 181 — Erodius *rer. judicat. lib.* 9, *tit.* 7 — Felde *elementa juris universi pag.* 195 — Harprecht *institut. tit. de publicis judiciis* §. 10 — Fabro *semestrium lib.* 2, *cap.* 11, *in fin.* — Jousse *justice criminelle vol.* 3, *pag.* 587 — Bassano *Theorico-praxis pag.* 111, *n.* 266, *lib.* 1, *cap.* 18 — Menochio *de arbitrariis cas.* 537 — Heils *tractatus criminalis pag.* 406 — Leyser *medit. ad Pand. spec.* 624 — Koch *instit. jur. crim.* §. 254 *et seqq.* — Puttmann *Elementa* §. 489 *et seqq.* — Caravita *institutionum crim. lib.* 1, *cap.* 69 — Renazzi *elementa jur. crim. lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 8 — Vouglans *institutes tit.* 4, *chap.* 3, *pag.* 574 — Kemmerich *synopsis lib.* 1, *tit.* 8, §. 4 — Bohmer *Elementa sect.* 2, *cap.* 15 — Cremani *de jure criminali lib.* 2, *cap.* 7, *art.* 3 — Paoletti *instit. theorico practicae tom.* 2, *pag.* 117 — Hartmann Pistor *lib.* 4, *quaest.* 20 — Strykio *dissert. vol.* 6, *diss.* 17, *cap.* 6, *n.* 21 — Meyer *collegium Argentoratense lib.* 48, *tit.* 15, *vol.* 3, *pag.* 675 — Van Wryhoff *observationum cap.* 12, *pag.* 54 — Ayblinger *commentarius ad lib.* 48, *tit.* 15, *pag.* 1117 — Cotta *Memoralia pag.* 549 — Tissot *le droit pénal vol.* 2, *pag.* 82, *et suiv.* — Bavoux *sur le code pénal pag.* 59 — Puccioni *Saggio pag.* 484 *e segg.* — Giuliani *instituzioni di diritto criminale tom.* 2, *cap.* 2, *pag.* 315 — Arabia *principii del diritto penale vol.* 3, *pag.* 47.

§. 1664.

Mosè aveva limitato la servitù a quei più angusti confini che potessero sperarsi come ottenibili nei tempi suoi (1). Ma l'anatema definitivo contro la signoria dell'uomo sull'uomo ebbe sanzione del cristianesimo mercè la proclamazione della personalità umana, della genesi divina dell'uomo, e della unità

di progenie. Riconosciuta nella creatura umana a differenza dei bruti un' anima immortale non appartenente alla terra ma emanata da Dio, essa doveva secondo le stesse nozioni del giure romano passare nella classe delle coso *divini juris;* e dichiararsi fuori del commercio, inalienabile ed imprescrittibile anche il corpo che era come il tempio dell' anima. Con lo allargarsi del cristianesimo dovette la schiavitù scomparire dovunque la sua luce diradava le tenebre dei vecchi errori, e difatto scomparve, ed ai giorni nostri vediamo dileguarsene ancora la ultima nefanda reliquia che per la tratta dei negri ha troppo a lungo addolorato e disonorato la terra. Aboliti così i mercati nei quali si faceva vendita di creature umane, interdetti i mercanti e sensali di uomini che, al dire di Plauto, formicolavano in Roma più che le mosche in estate, il delitto di plagio dovetto naturalmente divenire rarissimo. A tal che parrebbe che oggi non più fosse pel criminalista neppure prezzo dell' opera di occuparsene. Ma questo titolo ha perdurato e perdura nelle scuole e nelle legislazioni per le varie trasformazioni che esso ha subito.

(1) Il plagio punivasi dagli ebrei con la morte (*Esodo XXI,* 16; *Deuteronom. XXIV, 7*; Hottinger *jus hebraicum pag.* 49, §. 36): dai greci negli antichi tempi con la morte (Senofonte *de dictis et factis Socratis lib.* 1); e poscia col taglio della mano (Costantino Harmenopulo *Epitomae juris lib.* 6, *tit.* 8). Una legge di Teodorico puniva della frusta e del bando perpetuo chi avesse venduto o comprato un uomo libero, se il colpevole era plebeo; e della confisca dei beni e cinque anni di esilio, se era nobile. Nell' antica Francia si spingeva la pena fino alla

morte. Vedasi l'interessantissimo libro del Carpentier *Le droit payen et le droit chrétien, Paris* 1866, *vol.* 1. Quanto alle antiche punizioni Germaniche vedasi Schilterus *praxis exercitat.* 49, §. 149 *in fine.* Il plagio era punito di morte nel diritto consuetudinario Culmense che governava le provincie settentrionali della Russia lungo la Vistola: Havenstein *repertorium juris Pruthenici, verbo plagium, pag.* 466 — *cum longe pluris estimetur homo quam quivis thesaurus vel alia res pretiosa.*

§. 1665.

Già anche gli antichi pratici erano venuti riconoscendo diverse specie di plagio. Si ebbe il *plagio politico* consistente nell' arruolare il suddito di una nazione al servizio militare di estera nazione (1) delitto che non ha nessuna attinenza alla presente sede. Si ebbe il *plagio letterario* consistente nello speculare a proprio indebito lucro, ed in danno del legittimo dispositore sui prodotti dell' ingegno altrui: delitto che parimente è alieno dalla presente materia e che si connette alle grandi questioni economiche e giuridiche intorno alla proprietà letteraria ed ai privilegi industriali. Si dette finalmente il nome di *plagio civile* all' incivilissimo fatto di privare un uomo della sua libertà: e questo è il fatto del quale cade al presente luogo la trattazione (2).

(1) Il vero plagio politico sembra essere quando il cittadino *volontariamente* s' ingaggia sotto estera bandiera. Quando un uomo sia stato violentemente condotto via, e costretto senza ordine di legittima autorità a servire in un' armata di terra o di mare, parmi che si abbia piuttosto la figura

del *plagio vero*. Il Leyser (*specimen* 624) tratta di volo questa disputa accennaodo a graode divergenza negli scrittori; e la dice questione di *parola*, poichè comunque si nomini è *sempre un delitto pubblico*. Ma generalmente la vecchia scuola non annetteva sufficiente importanza alla *classe* ed al *nome* del malefizio. Anche qui peraltro chiaro si scorge che la classe refluisce sulla diversa oggettività del reato. Quando l' abduziooe violenta è susseguita da ingaggio dell' uomo rapito sotto bandiera estera è evidente che il delitto divieoe *complesso:* si offende lo *stato* togliendogli un cittadino, si offeude l' *individuo* violando la sua libertà; e può coogiungersi ancora la violazione dei diritti di famiglia, e offendersi il *padre* del giovaoe rapito, quando quesii fosse soggetto alla sua potestà. Se è vero il principio che la quantità dei reati si aumeoti per la importanza dei diritti lesi, queste considerazioni oon sono logomachie ma refluiscono sui criterii misuratori del malefizio. Del resto nota Leyser (*loc. cit. med.* 9) che io siffatto plagio politico distinguooo i più fra la consegna del cittadino come soldato a un principe estero che sia in guerra con ooi, e la consegoa ad uo principe che con noi sia io pace; e ravvisano il plagio semplice nel secoodo caso, e la perduellione nel primo; dalla qual distinzione egli sembra dissentire benchè la confessi meglio ricevuta. Ma di ciò ad altro luogo. Una forma speciale di plagio si accenna dai giuristi alcmaooi (Leyser *spec.* 624, *med.* 15; *spec.* 540, *medit.* 2 *et* 3; *et spec.* 601, *medit.* 5 *et* 6) nel caso di sergenti reclutatori, i quali secondo le costumanze di certi popoli vanno girando pei borghi e campagne d' ordine del loro prinoipe per allettare giovani ad ingaggiarsi soldati. Costoro (dice il Leyser) qualora us ioo violeoza sopra i giovani per arruolarli, si faono rei di plagio, e contro di loro è lecito conciiare le turbe per discacciarli, ed aoche ucciderli senza timore di pena. Non discuto sulla estensione del moderame della incolpata difesa a siffatta ipotesi alla quale esso bene si adatta per la *leg.* 5, *C. de metatis:* ma dubiterei se siffatto melefizio dovesse rimanersi nella classe dei plagii conside-

randolo come qualificato in ragione del *mezzo*, che è l'abuso della forza pubblica, o piuttosto far passaggio nella classe degli abusi di autorità. La questione d'ordine è identica con quella toccata di sopra alla violazione del domicilio. Questa forma di plagio chiamasi *plagio militare* dal Koch §. 260; e porse al Mercklin l'argomento di una dissertazione speciale *de plagio militari, Altorf* 1728. Ciò che mi sembra singolare si è che il Puttmann §. 495, e molti altri alemanni, referiscono al plagio il fatto di chi abbia indotto un soldato a disertare: in questo modo di vedere, la diserzione si riporterebbe fra i delitti *comuni*. È pure una specialità che per alcune leggi (per esempio per l'antica legge sassonica) a quanto ne dice il Puttmann (§. 495) si punì come plagio con dieci anni di lavori pubblici il fatto di chi avesse indotto un uomo ricco, o un artefice, o un capo d'industria ad abbandonare il territorio dello stato: e con soli cinque anni se si era indotto a emigrare un uomo povero: ma la pena si estendeva alla morte se si erano fatte emigrare parecchie persone: Muller *promptuarium, verbo plagium, n.* 9. Sembra che la emigrazione non si elevasse a delitto contro l'emigrante, ma solo contro il consigliero: vedasi Heydio *diss. de jure emigrandi in Germania*, 1775. Coteste forme però non possono mai trovare la loro oggettività giuridica nella libertà individuale.

(2) Alcuni pratici poco curanti della esattezza nel linguaggio (Cortiada *tom.* 2, *decis.* 108) dettero il nome di plagio al *sequestro per ricatto*. Ma questo è un errore che va a ritroso della comune scuola, e che confonde due titoli di reato sostanzialmente diversi.

§. 1666.

Se non che anche questa specie subì delle trasformazioni così in ordine ai suoi *elementi* come in ordine alla sua *classe*. In ordine agli elementi, perchè

non più si richiese per condizione esclusiva di questo delitto l'animo di lucrare, ma si tenne bastevole a costituirlo anche l'animo di vendetta, come tra poco dirò. In ordine alla classe, avvegnachè sia inconcepibile come alcuni criminalisti anche moderni, per una irriflettuta obbedienza alle antiche tradizioni, collochino il delitto di plagio fra i reati contro la *proprietà*, quasichè mai sulla persona dell'uomo fosse concepibile la idea giuridica della proprietà. La sede spontanea ed incriticabile di questo delitto di *plagio* (1) è nella serie dei crimini contro la *libertà* individuale. Non occorrono parole per dimostrare questo vero. I romani avrebbero errato se il plagio avessero riferito ai reati contro la libertà, poichè per loro questo delitto verificandosi più comunemente sui servi che già si avevano come legittimamente privi di libertà, non era in tale diritto concepibile l'*oggetto* del malefizio.

(1) Savlamente Ambrosoli nella nota aggiunta al §. 1121 delle *Instituta* di Carmignani, lo corregge in ciò che egli, sotto la fede di Ursaya e di Voet, aveva scritto senza opportuna restrizione all'antico giure romano. La sottrazione di un uomo non può oggidì collocarsi mai fra i delitti contro la proprietà neppure quando la creatura sottratta sia sottoposta alla potestà paterna, la quale oggi non ha nessuna analogia col giure di dominio in rapporto alla persona del figlio. Ciò che fa meraviglia si è che i canonisti proseguissero a considerare come *furto* il plagio mentre riconoscevano il principio sacrosanto — *homo sub nullius dominio est:* chiamandolo alcuni *vero furto;* Reiffenstuel *jus canonic. lib.* 5, *X, tit.* 18, *n.* 58: ed altri *quasi furto;* Pirhing *jus canonic. lib.* 4, *tit.* 18, *n.* 35.

§. 1667.

Al seguito di cotesto processo storico la nozione del plagio secondo i dettati delle scuole e delle migliori legislazioni contemporanee, può circoscriversi in questi termini — *la violenta o fraudolenta abduzione di un uomo per farne lucro o per fine di vendetta.* I criterii *essenziali* di questo reato sono tre — 1.° che siasi sottratto un uomo (1) — 2.° che siasi sottratto con *frode* o *violenza* — 3.° che siasi sottratto per fine di *farne lucro,* o per esercitare sopra di lui una *vendetta.*

(1) È singolare che trovisi da molti proposta la questione se il plagio possa cadere sull' uomo *morto*. La importanza della ricerca e la ragione del dubbio la trovo spiegata dal Leyser, dall' Harpprecht (*resp. crim.* 47) e dal Puttmann (§. 490) che la referiscono alla ipotesi di un bambino morto consegnato ad una levatrice per portarlo a sotterrare, che dalla medesima siasi *venduto* ad un medico per esercitarvi i suoi studi. Concordano i dottori che in ciò non vi è plagio: ma sarà questo un fatto punibile? Se la madre ne portasse querela potrebbe oggi trovarsi titolo che vi fosse applicabile? Io credo che questo mio lavoro non sia per recare alla scienza nessuna altra utilità tranne questa di persuadere che il diritto criminale non è poi tanto *facile* quanto generalmente si crede. Altra questione sorge nella ipotesi di coniugi separati per sentenza di Tribunale, che abbia consegnato la custodia del figlio esclusivamente (a modo di esempio) alla madre. Dove il padre rapisca il proprio figlio e via seco lo porti, potrà esso punirsi come colpevole di plagio? Secondo la nostra nozione mancherebbe nel caso semplice lo *spirito di lucro*. Ma quando eccezionalmente intervenisse lo *spirito di lucro,* perchè (per esempio) il padre

volesse aggregare il figlio ad una compagnia di saltimbanchi o giuocolieri da lui capitanata, cosa sarebbe a dirsi?

§. 1668.

Il terzo criterio vuol essere più particolarmente esornato perchè è quello che specializza il delitto di plagio, e ne distingue la fisonomia giuridica da altri delitti che nella *materialità* lo somigliano. Così se con violenza o frode il colpevole eseguì l'abduzione dell'altrui persona per fine di libidine si avrà il *ratto;* se per fine di consumare un furto a suo danno si avrà il *furto violento;* se per costringerlo ad emettere obbligazioni si avrà la *estorsione,* o nei congrui termini il *furto* con sequestro o per ricatto; se per animo di rovesciare il governo si sono condotti via prigionieri dei pubblici ufficiali si avrà la *perduellione;* se per animo di esercitare giustizia sull'uomo violentato si avrà, secondo i casi, la *ragion fattasi* o il *carcere privato proprio.* Per avere il titolo speciale di plagio bisogna che il *fine* dell'agente non siasi diretto alla lesione di altri diritti; siano essi universali come la giustizia, siano essi particolari come la integrità del corpo o la proprietà. Quando si abduce un uomo per fine di vendetta non si vuole offendere il nemico se non appunto col togliergli la *libertà:* quando si abduce per far lucro non uscendo dal suo patrimonio pecuniario non altro si toglie a lui che la *libertà.* Dunque la libertà personale è l'unico *oggetto* possibile del delitto in questi termini concepito. L'uomo non più considerato come *cosa,* ma come *persona,* non si sottrae alla proprietà di nessuno; è a lui che vien tolta la

sua libertà dal colpevole che se n'è impadronito: potrà dirsi che a lui si è tolta la proprietà di sè stesso; ma la proprietà di sè stesso o proprietà personale non è che la libertà. È plagio se si abduce un uomo per farlo schiavo a proprio servigio o venderlo altrui come tale, o costringerlo ad un servigio in utile nostro. È plagio se un bambino di forme straordinarie si rapisca per condurlo in giro, e mostrarlo per prezzo al pubblico. È plagio se si rapisce un uomo per servirsene di modello, od altro simile; ed è plagio eziandio per la nozione ultimamente ricevuta (1) nel giure penale se si priva della sua libertà individuale un uomo per isfogare con tal mezzo sovra di lui, o sovra persone a lui attenenti, un sentimento di odio o vendetta.

(1) Appo gli antichi pratici e criminalisti come condizione del delitto di plagio si esigeva recisamente il concorso del fine di lucro; e tutte le definizioni lasciateci per lunga mano di tempo dagli istitulisti coartano il concetto a siffatta condizione: Carmignani *elementa* §. 1119 — Anton Mattheo *de criminibus lib.* 48, *tit.* 12, *cap.* 1 — Caravita *instit. crim. lib.* 4, *cap.* 70 — Cremani *lib.* 2, *cap.* 7, *art.* 3, §. 1 — Paoletti *lib.* 4, *tit.* 7 — Brunnemann *in l.* 1, *ff. lib.* 48, *tit.* 15 — Carpzovio *quaest.* 83, *n.* 85. Ma più modernamente si equiparò all' abduzione commessa per fine di lucro anche quella commessa per fine di vendetta; ed è questa la idea che prevale in gran parte delle scuole e leggi contemporanee. Ma la formula di lucro anche in questo reato si intende in un senso larghissimo, comprensivo così di qualsisia vantaggio materiale che per ogni modo quantunque indiretto il colpevole speri conseguire mercè lo impadronirsi anche temporario di un uomo. Colui che, a modo di esempio, facesse violentemente condur via o rinchiudere un elettore,

un antagonista, un avversario, per tenerlo lontano nel periodo opportuno affinchè non venga a votare contro di lui o a farla da testimone o contradirlo in un parlamento o a contestare la lite od altro simile, si renderebbe a mio avviso colpevole, secondo le nozioni moderne, di plagio. I romani provvidero a questa ultima ipotesi con disposizioni speciali dirette a punire colui che per frode o violenza aveva impedito l'avversario *ne judicium sisteret (l. 8, ff. ad leg. Jul. de vi publica)* e ne fecero nelle pandette argomento speciale del titolo *De eo per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat*. Ma odiernamente io credo che anche questa forma di delinquenza assumerebbe il carattere di plagio.

§. 1669.

Fra i diversi *fini* dai quali può ispirarsi l'abduzione di un uomo libero avvenne uno che merita di essere specialmente notato per avvertire anche una volta l'influsso che esercita sulla nozione del malefizio la diversità del fine dell'agente. Questo è il caso che un bambino sia stato tolto dalla propria casa e consegnato ad estraneo onde lo tenga *loco filii*, per il fine di spogliarlo della eredità, o simili. Tale ipotesi, che può verificarsi anche per opera degli stessi genitori, si trova dagli scrittori noverata fra i plagii. Noi però non possiamo accettare come esatto cotesto collocamento: in simili circostanze il delitto pertiene alla classe dei reati contro i diritti di famiglia e non contro la libertà, e lo ritroveremo in quella classe nella seconda serie relativa ai diritti di filiazione, e come *soppressione di stato*. Tale ipotesi si contempla dal codice Francese (art. 345) e da altri contemporanei; e può variare figura secondo che in danno dei genitori, o dai genitori me-

desimi per vedute loro si commetta. Ma non può mai considerarsi come una offesa alla *libertà* del bambino, perchè la potestà patria alla quale si sottoponga non è un vincolo, ma un mezzo invece destinato alla tutela ed al migliore svolgimento della libertà del figlio. Le idee del giure civile relative alla inferiore *diminuzione di capo* parmi che niente abbiano relazione col concetto della classe presente; e gli stessi romani nella celebre legge Fabia (1) mantennero un rispetto costante a simile distinzione fra potestà domenicale e potestà patria, che malamente si è confusa da alcuni criminalisti.

(1) La materia del plagio e la celebre legge *Fabia de plagiariis* presenta nel giure romano larga serie di punti disputati ed oscuri, sopra alcuni dei quali trascorrono rapidamente la maggior parte dei commentatori.

1° Si disputa sullo stesso nome della legge *Fabia* che da alcuni vuol leggersi *Flavio*, e sull' autore di lei.

2.° Si disputa se prima della Legge *Fabia* esistesse o no una legge *Cornelia de plagiariis*. Alcuni lo affermarono: Cujacio *Paratit. in cod. ad h. t.* — Gravina *de orig. jur. civ. III, n. 7* — Matthcus *de criminibus lib. 48, tit. 12, cap. 1*; i quali assodano questo punto storico sopra un frammento di Apuleio: altri invece referiscono con maggiore probabilità cotesto frammento alla *leg. Cornelia de falsis*: Bynkershoek *obser. jur. rom. obs. III*, 18 — Schulting *ad collat. leg. mos. tit.* 14, §. 3, *not.* 25. E questa ultima opinione mostra il delitto sotto una faccia diversa, e con una oggettività tutta distinta. Chi avesse venduto come schiavo un uomo libero ingannava il compratore che si vedeva defraudato del denaro e del servo quando questi avesse reclamato la sua libertà. Qui il diritto leso era quello del compratore. Ciò per noi avrebbe costituito una *frode*; ma spesso i romani referivano al falso certi fatti che la pratica

chiamò poi *stellionati*, e le moderne seuole *frodi;* come a suo luogo vedremo.

3.° Rimane oscuro cosa intendessero i romani di configurare con la parola *supprimere servum*, la quale sembra esprimesse caso diverso del *celare servum*.

4.° Si diseorda sul plagio eommesso dal padrone *sul servo proprio;* il quale dai più si nega, ma da molti bene si ammette nella *venditio fugae*.

5.° Rimane dubbio quando i romani per l' abduzione, o soppressiooe, o nascondimeoto del servo dessero l' *actio de vi*, quando l' *actio furti*, e quando l' *actio de lege Fabia:* si capisee bene che l' *actio de vi* sorgesse quando il servo era stato sottratto al padrone violentemente e contro la volontà del servo stesso; Koch *institutiones* §. 255 — Thomasio *notae ad Strauchium diss.* 19, *thes.* 5: ma rimane oseuro il concorso delle altre due azioni. Cujacio *(recitationes in codicem lib.* 9, *tit.* 31, *edit. ven. mut. vol.* 9, *col.* 1372, *lit. A)* scioglie il nodo referendo il *plagio* alla persona del servo, e il *furto* alle cose che aveva seco quando fuggì dal padrone. Ma questa sottile spiegazione noo finisee di persuadermi, perehè non si appoggia ad alcuna particella dei frammeoti romani ehe autorizzi riferire l' *actio furti* piuttosto alle vesti del servo cbe al servo stesso. Il Koch (§. 255) allegando vagamente la comuoe degl' ioterpetri, e il Puttmann (§. 489) dieono che il plagio ricorre, *si non adsit furandi animus, alias enim furtum est.* Ma se il servo era uua cosa venale, e se la legge Fabia letteralmente contempla il caso di chi *vende il servo alieno* come plagio, come può immaginarsi una sottrazione di servo fatta a fine di venderlo senza l' animo *furandi?* Aperto è il reseritto di Adriano riferito alla *leg.* 6, *pr. ff. de lege Fabia — scire debet posse aliquem* furti *crimine ob servus alienos interceptos teneri, nec idcirco statim tamen* plagiarium *esse existimari.* Ma è assai scabro trovar luee intorno a questo nodo.

6.° Discordano ancora gl' interpetri io quaoto alla pena ehe comminavasi dalla legge Fabia, se cioè fosse pecuniaria,

o afflittiva. Alcuni conciliano le due penalità ricorrendo alla diversità dei *tempi:* altri ricorrendo alla diversità dei *casi,* e supponendo che la pena capitale fosse riservata al caso che si fosse ridotto in servitù l' uomo libero; e questa seconda opinione sembra prevalente fra i pratici. Vedasi Schulting *ad Paulum senten. V.* 6, §. 14, *not.* 75: o *ad collat. legum mos. tit.* 14, §. 3, *not.* 25. Nè soltanto è disputata la penalità del plagio per la legge Fabia, ma vi è controversia anche intorno alle penalità posteriori per l' apparente contradizione che trovasi nella *leg.* 7, ed *ultima C. de lege Fabia.*

7.° Finalmente si disputa ad occasione della *leg.* 17, §. 4, *ff. de aedilitio edicto* se i Romani punissero come consumata la tentata fuga del servo. Ma inopportunamente a parer mio, perchè Ulpiano a quel luogo non cerca se il servo che si nascoso per prepararsi alla fuga debba *(etiamsi in domo manserit)* dirsi *fuggitivo* per il fine di punirlo; ma bensì al fine di accordare la *redibitoria.* La quale concedendosi nei congrui casi anche per i vizi dell' *animo* potè beno dal Giureconsulto trovarsene ragione anche *nella nuda intenzione di fuggire,* manifestata con atti *preparatori* e non anco *esecutivi* della desiderata fuga. Pare impossibile che siansi adoperate le piu sottili interpretazioni per condurre i frammenti del giure Romano a sostenere le massime più feroci di diritto penale. Abilissimo fu in questo il Cujacio. Ma la mia osservazione si conforta dal §. 3 dello stesso frammento ove leggo *fugitivum ab affectu animi intelligendum esse non utique a fuga.*

§. 1670.

Potrebbe sembrare che il delitto di plagio e carcere privato non avessero bisogno di speciale nozione, perchè rimanessero bastantemente colpiti dalla nozione generale della *vis privata* elevata a de-

litto *sui generis*. È vero che sotto un punto di vista più ampio questi due fatti non sono che due forme speciali di violenza privata, avvegnachè conducendo via o rinchiudendo un uomo contro sua voglia lo si costringa a fare o a patire cosa che altrimenti non avrebbe voluto fare nè patire. Ma il bisogno di non appagarsi di questa generalità di concetto e di creare in queste due forme due specialità distinte di maleficio, deriva da doppia cagione — 1.° deriva da questo che il plagio vuol essere punito anche quando è commesso mediante semplice frode, nei quali termini il fatto potrebbe sfuggire dalla generica nozione della violenza privata — 2.° deriva da questo che nella *vis privata* contemplata come delitto *sui generis* il costringimento della libertà non è che un *accidente*. Cotesto accidente si piglia come costitutivo dell' obiettività del delitto, quando nell' ultimo fine del colpevole non si estrinseca un altro delitto. Ma la restrizione alla libertà della vittima è sempre nel disegno del colpevole una concomitanza della quale ci farebbe a meno quando senza quella potesse raggiungere il pravo suo scopo. Laddove nelle due forme speciali che configurano il plagio e il carcere privato, la lesione della libertà più intimamente si compenetra col fine dell' agente. Del resto giova riflettere che questa non è una specialità del presente titolo ma uno svolgimento costante della buona economia nella distribuzione dei delitti. Il *fine dell' opera* non sempre s' identifica col *fine dell' operante*. È fine dell' opera quello che si raggiunge con la opera stessa senza bisogno di eventi o conseguenze ulteriori; e quando in questo ultimo compimento dell' opera sta il fine dell' operante il

compendio soggettivo del fatto si unifica con la sua oggettività Chi uccide per vendetta ha per suo fine la morte del nemico, e la morte del nemico rappresenta il compimento dell' opera: il fine dell' opera s' immedesima per tal guisa col fine dell' operante, e il delitto non può avere altro titolo tranne quello di omicidio: chi violenta altri per privarlo con ciò della sua libertà ha un fine che s' immedesima col fine dell' opera, e il delitto non può essere rappresentato che da quel titolo che emerge dalla offesa alla libertà. Ma spesso l' operante ha un fine distinto dal fine dell' opera: egli mira al conseguimento di qualche cosa ulteriore a cui l' opera deve aprire la via: chi ferisce altri per poscia meglio derubarlo fa un' opera che ha il suo fine nel ferimento; ma il fine dell' operante va più oltre. Allora se in questo ulteriore effetto trovasi una lesione di altro diritto la quale costituisca malefizio speciale, si cerca in questo il criterio determinatore del titolo del reato, salvo il caso eccezionale in cui il primo fine (*fine dell' opera mezzo*) offra prevalenza giuridica sul fine dell' operante. Quando pertanto a questo luogo si delimita il titolo di plagio dai titoli di estorsione, di ratto, di furto violento, o simili, e quando si delimita il plagio dalla violenza privata, non si fa che obbedire ad un criterio che signoreggia l' ordine generale della scienza nostra. Nella violenza privata il fine dell' operante non coincide mai col fine dell' opera: non si violenta per il gusto di violentare ma per giungere al conseguimento di un ulteriore effetto il quale, mentre è al di là del fine dell' opera, non si estrinseca però in una ulteriore criminosità. Non è dunque nè una sottigliezza scolastica nè un

errore il tener distinta dalla violenza privata questa forma speciale a cui si dà il nome di plagio.

§. 1671.

La *violenza o la frode* sono estremi di questo reato, perchè naturalmente il consenso distrugge anche la possibilità di concepire la offesa alla libertà personale, e se cotesto consenso fosse pazzamente dato con destinazione di irrevocabilità nell' avvenire, la nullità intrinseca del patto basterebbe a guarentire il diritto da ogni possibile lesione. Il fatto non delittuoso in principio per il libero consentimento prestato a servire altri, diverrebbe tosto delitto al momento in cui revocato tale consenso si rivendicasse dal soggetto passivo la libertà naturale, e l' altro malgrado ciò persistesse a volerla comprimere. Ma poichè vi ha uno stadio nella vita dell' uomo nel quale egli si considera come giuridicamente incapace di consenso, in questo titolo equivale alla violenza *vera* la violenza *presunta:* la quale si avrà tutte le volte che l' uomo abdotto sia *mentecatto,* o *minore* di età. Ma su tale proposito deve avvertirsi che la maggiore età non può essere definita secondo i termini che le assegna il civilista per accordare all' uomo la libera disponibilità dei suoi beni, o il criminalista per dichiararlo pienamente responsabile delle sue azioni. Esigono i bisogni sociali, esige la stessa dignità umana, che l' uomo divenga entro certi limiti libero dispositore della propria persona più presto che non divenga libero dispositore della sua fortuna, onde la patria potestà non degeneri in un vincolo intollerabile.

Così il codice Toscano (art. 358) determina all' età di 14 anni il limite della violenza presunta nel plagio. L' abduzione di un giovine al disotto degli anni 14 benchè da lui consentita si ha come non consentita, ed è reato di plagio se non consentano i genitori o tutori. Il maggiore di 14 anni può disporre liberamente della sua persona; può validamente ingaggiarsi come garzone, come marinajo o ad altro qualunque impiego per cui si procuri o un sostentamento o un diporto, senza che colui che lo riceve possa essere accusato di plagio. La formula della violenza presunta nella quale si estrinseca questa parte della presente teorica si adopera per analogia del linguaggio che è prevalso in materia di stupro, come altrove (§. 1490) osservammo; e noi per le identiche ragioni vorremmo piuttosto che per maggiore corrispondenza della nomenclatura con la verità delle cose si usasse qui il termine di *seduzione* anzichè quello di violenza. Lo che darebbe agio a doverosamente distinguere il caso della abduzione del minore senza resistenza od anche con suo desiderio, dal caso della abduzione del minore con violenza reale. È da avvertirsi che da un lato nella ipotesi della abduzione del minore senza violenza il fatto apparisce meno grave sotto il rapporto della sua materialità, e la sua fisonomia giuridica si fa meno truce, e i caratteri della sua oggettività si trovano piuttosto nei diritti della famiglia sul giovine sedotto od abbandonato, che nella offesa positiva alla libertà umana. Ed è da avvertirsi che per altro lato il delitto assume nella ipotesi della violenza sul minore le condizioni di *complesso,* perchè duplice è il diritto che si viola:

quello cioè della libertà nell'individuo manomesso, e quello che hanno i genito ri sopra la di lui persona.

§. 1672.

Malgrado questa sensibile ve rità il codice Toscano all'art. 358 ha compreso con unica nozione ambedue questi casi, ed ha punito con la casa di forza da tre a sette anni così il plagio violento del maggiore quanto il plagio del minore annuente. È vero che lo stesso articolo ammette che nei *casi più leggieri* (formula vaga prediletta da quel codice) la pena possa discendere al carcere da uno a tre anni. Ma io non posso lodare l'indefinito in una legge dove il definito si può raggiungere. Cotesta discretiva s'intende bene: ma pure può avvenire che qualche giudice la intenda diversamente, e verificarsi la bruttura che nell'istesso giorno da due tribunali un plagio violento si punisca col carcere, ed un plagio non violento con la casa di forza: nè a ciò sarebbe riparo la lettera della legge, nè la censura delle Corti regolatrici. E tanto più è notabile cotesto indefinito se si pone mente alla clausula elastica usata da quell'articolo — ivi — *per qualsivoglia scopo*. Questa clausula non ammette restrizione. Se mosso da pietà io tolgo un bambino ad una madre capricciosa che lo fa languire nella inedia, o ad un tutore scellerato che lo lascia vagare per le vie, ed il bambino io reco appo me per fargli benefizio grandissimo, cado inevitabilmente sotto la censura di quell'articolo. Ciò è rigorosamente giusto, ed in genere ne convengo, perchè ho violato il diritto della madre o del tutore che dis-

sentivano, quantunque dissentissero per egoismo o capriccio: il mio fatto *è ingiusto* malgrado la onestà dello scopo. Ma io vorrei che la legge distinguesse (1) nella penalità, e non lasciasse possibile ed incensurabile la irrogazione di sette anni di casa di forza contro cotesto fatto. E parrebbemi ancora che in certe condizioni il plagio del minore annuente potesse rilasciarsi alla querela di parte.

(1) Negli antichi scrittori sembra che si distinguesse tra l' abduzione commessa al fine di celare un uomo o affatto privarlo della sua libertà, e l' abduzione commessa per il fine di servirsi precariamente del corpo di quell' uomo per trarne un lucro. E sembra che nella prima ipotesi soltanto riconoscessero il plagio proprio e l' applicabilità della pena ordinaria, mentre nel secondo caso ravvisavano un titolo impropriato e applicavano la pena straordinaria. Così il Paoletti *(lib. 4, tit. 7, pag.* 121) nel caso di una donna che aveva rubato un bambino per portarlo in braccio, mentre giva limosinando, ad eccitamento dell' altrui carità, vide un plagio improprio punibile di pena straordinaria perchè appunto non diretto a spogliare l' uomo della sua libertà. Così pare la intendessero anche gli scrittori alemanni: Puttmann *Elementa juris* §. 492 — Leyser *spec.* 624, *med.* 5 *et seqq.* — Bohemero *Elementa* §. 198 — Meister *principia* §. 189. Ma io credo che nello stato attuale della dottrina cotesta distinzione non sia di alcun frutto, e che si abbia vero plagio anche nel precario illegittimo impossessamento dell' uomo per fine di lucro o vendetta, quantunque non informato della idea (d' altronde oggidì ineffettuabile) di privarlo perpetuamente della sua libertà.

§. 1673.

I criterii misuratori di questo maleflzio si desumono in ordine alla sua *quantità naturale*, o dalla *durata* (1) o distanza dell'abduzione; o dalla *gravità degli effetti*. Per la specialità del *fine* si aumenta la quantità del plagio — 1.° se l'uomo fu ridotto in *servitù* — 2.° se fu ingaggiato ad un *servizio militare* estero — 3.° se il minore di 14 anni fu tolto all'autorità domestica per farlo abiurare (codice Toscano art. 359) la religione in cui nacque. Per la specialità dei *modi* si aumenta la quantità del plagio, quando è accompagnato da *detenzione* o *vincolazione*. Nel quale ultimo caso assume il nome di *carcere privato:* codice Toscano art. 360.

(1) Alcuni antichi statuti d'Italia distinguevano nella pena secondo la durata più o meno lunga della arbitraria detenzione: e non punivano di morte se la detenzione non aveva durato due giorni. È intuitiva la giustizia di questo criterio interamente referibile alla *quantità naturale* del maleflzio. Esso può estrinsecarsi così nel plagio per la maggiore lontananza a cui fu trasportata la vittima, come nel carcere privato per il maggiore prolungamento della detenzione. Mostrerò più innanzi che il delitto ne acquista il carattere di successivo. Il danno immediato se ne aumenta: ma difficilmente può in un codice tenersi conto *a priori* di questa circostanza per la indefinibile sua varietà, a meno che non piacesse di delinearla a grandi tratti. Ma non bisogna dimenticare che il reato è pienamente perfetto col solo primo toglimento della libertà.

§. 1674.

Il titolo di *carcere privato* noi lo troveremo fra i delitti contro la pubblica giustizia, e quello può dirsi carcere privato *proprio:* ed è tale se proceda dal pravo animo di *farsi giustizia* e d' infliggere una *punizione*. Il *fine diverso* (1) mutando la oggettività del reato, lo porta necessariamente in classe diversa. Lo ritroviamo a questo luogo; e qui può dirsi carcere privato *improprio* (ed io più volentieri lo distinguerei col nome di *detenzione arbitraria)* ed è quello che risulta dal rinchiudimento o vincolazione di persona dissenziente (2) eseguita per fine di odio (come se si rubi un figlio al nemico e si chiuda altrove per cagionare afflizione ai genitori a sfogo di vendetta) o per fine di lucrare sul corpo di quello. Laonde deve avvertirsi che il delitto di carcere privato sparisce tostochè siavi *giusta causa* di ritenere un uomo contro sua voglia. Tale è la causa della modica coercizione per la quale i genitori od educatori rinchiudano un giovinetto al fine di correggerlo o prevenire un male. Tale è la causa d'impedire sregolatezze, per cui un marito rinchiuda entro certi limiti ragionevoli la propria moglie. Tale è la causa della sicurezza privata propria od altrui, per cui si rinchiuda un maniaco. Tale la causa per cui rinchiudasi un ladro sorpreso in flagranti onde consegnarlo alla pubblica forza.

(1) Nella stessa guisa il fine speciale fa mutare e classe e nome alla violenta detenzione dell' uomo, quando viene commessa per esigere dalla famiglia il prezzo del suo riscatto.

Questa forma speciale di crimine che troveremo nella famiglia dei furti rientra nelle *estorsioni*, e corre sotto il nome di *sequestro* o *ricatto;* ed è il tipo principale del così detto *brigantaggio*. Molti codici contemporanei ebbero appena occasione di occuparsi di siffatto reato: ma troppa occasione ne ebbero e ne hanno le leggi del reame di Napoli, dove questa foggia di masnadieri formò da tempo antichissimo il flagello del paese. Ciò rilevasi dagli storici, e con positiva certezza dalle leggi criminali di quella regione. Nelle prammatiche napoletane sono notevoli la sanzione del 26 febbraio 1563; quella del 27 marzo 1563; quella del 19 marzo 1596; quella dell' 8 luglio 1627; quella del 18 marzo 1630; e quella del 16 giugno 1684, ed altre: le quali per gli eccezionali rigori contro i complici e portatori di lettere, per le promesse di impunità, ed altri simili disperati rimedi, sembrano essere state il tipo della celebre legge Pica. Cotesti facinorosi risalgono ai tempi più antichi, poichè da Svetonio *(in vita Octaviani August.* §. 32) si dissero *raptos per agros viatores ergastulis supprimentes:* Ottone *de tutela viarum pars* 3, *cap.* 9. Ma quando si è notato che questo per noi non è plagio, quantunque col plagio venga erroneamente confuso da molti, se ne ha ragione che basta per rimettere ad altro luogo (§. 2140 e segg.) la esposizione di tale reato.

(2) Vedasi avanti §. 2865,

§. 1675.

Vuole pure avvertirsi che sebbene il carcere privato sia d' ordinario una forma speciale che assume il plagio per la vincolazione o detenzione della persona via condotta contro sua voglia, non repugna però che il carcere privato stia ancora come delitto di per sè senza la materialità dell' abduzione. Pongasi che mentre taluno sta solo in una camera della sua villa altri per vendetta ve lo rinchiuda dal di

fuori, sicchè sia costretto a restare colà per ore o per giorni: pongasi che quando alcuno viene a visitarmi in mia casa io maliziosamente lo chiuda in una stanza, o lo cinga di catene, o lo tenga guardato a vista, il che torna all'istesso, come avverte Puccioni (*Commento vol. 4, pag. 633 e segg.*). Ecco un carcere privato senza plagio: avvegnachè la *proprietà* del luogo ove fu operata la detenzione (sia pure una pertinenza della vittima stessa) non influisce sulla essenza di questo reato.

§. 1676.

Ma se, come veniva avvertendo, il carcere privato conseguente al plagio può e deve aumentare la quantità naturale del primo malefizio per ragioni che ognuno intende, quando peraltro (come è possibile) il carcere privato avvenga senza precedente plagio, inquantochè siasi rinchiusa una persona senza previa abduzione da luogo a luogo, il delitto pochissimo cangia sotto il rapporto della sua quantità naturale, perchè il rinchiudimento per la indole di codesto fatto assume rispetto al plagio che lo precedè come mezzo il carattere di maggiore gravità: laonde se un' abduzione senza successivo rinchiudimento può prevedersi nel caso semplice come leggiera, il rinchiudimento è ugualmente grave tanto se gli fu mezzo l' abduzione quanto se no. Da tale concetto non sembrano ispirati gli art. 358 e 360 del codice Toscano che ugualmente puniscono con la casa di forza da tre a sette anni tanto il plagio non susseguito da carcere, quanto il carcere non preceduto da plagio, quanto il carcere ed

il plagio concorrenti il primo come mezzo del secondo (1). Nei quali ultimi termini potrebbe però sorgere non inelegante questione se dovessero applicarsi le penalità di entrambo i fatti; o se invece a causa del rapporto di mezzo a fine e della unicità del disegno, dovesse ravvisarvisi un solo delitto, ed una sola penalità infliggersi.

(1) Parranno a taluno minuziose di troppo certe distinzioni che lo vengo tratto tratto facendo; e in special modo si vorrà dire che è cosa impossibile in una legge penale tenere esatto calcolo di tante varietà. Io rispondo che le osservazioni della scuola, dove non possano raccogliersi dal legislatore, si potranno raccogliere dal magistrato: ma dico di più che per molte di loro può trovar modo anche il legislatore di estendervi le sue contemplazioni. Bene avvertì Pagano che i filosofi misurano le umane azioni con la bilancia dell' orafo, i legislatori con quella del mugnajo. Questa sentenza può dirsi verissima come osservazione di fatto. Ma quale ne è egli il costrutto pratico? È egli possibile condurre i legislatori a valersi della bilancia dell' orafo? Io dico che se ciò fosse possibile ne verrebbe un servigio migliore della giustizia. Laonde se ciò non è completamente possibile vorrà almeno concedersi che ogni avvicinamento a quella bilancia sarà un progresso di giustizia.

§. 1677.

Giustissimo è poi come attenente alla *quantità naturale* del malefizio valutare quali circostanze aggravanti gli effetti più seriamente dannosi che l' abduzione o il rinchiudimento abbia recato alla vittima. Così il codice Toscano all' art. 360 §. 2 estende fino a dodici anni la casa di forza se la

vittima oltre la sofferta privazione della libertà abbia per conseguenza del *modo* o del *luogo nel quale fu tenuta* incorso altri patimenti oltre la privazione della naturale libertà. Ed io non veggo perchè uguale aggravamento non si fosse potuto prevedere anche nel plagio non susseguito da detenzione, mentre la possibilità di altri patimenti (per esempio aberrazioni transitorie d' intelletto, e simili) possono benissimo oltre la volontà del colpevole derivare anche dalla mera abduzione. Come pure non veggo perchè gli eventi più sinistri debbano valutarsi in aggravio solo quando derivino dal *modo* o dal *luogo* scelto dal colpevole; come sarebbe se derivassero dallo scarso e cattivo nutrimento, dalla umidità del locale, o da altre sevizie. Capisco che in siffatti termini l' evento debba maggiormente gravare sul colpevole perchè assume il carattere d' intenzionale: ma non converrei che fuori di ciò non dovesse niente valutarsi; perchè, quantunque avvenuto oltre la volontà dell' agente, sempre fu conseguenza del suo scellerato procedere (1).

(1) Il codice Francese (art. 344) commina la pena di morte contro la detenzione arbitraria quando sia accompagnata da *torture corporali*. E la giurisprudenza sempre pronta ad estendere il rigore della legge ha deciso che possono aversi come *tortura corporale* anche la negazione di alimenti, o lo avere costretto il detenuto a giacere in terra, o lo averlo privato di vesti. Io non difendo certamente azioni così barbare e disumane; ma vorrei ancora che la legge proteggesse la vita dei cittadini. Ognuno comprende che quando un detenuto fu privato di un giaciglio per opera del suo scellerato nemico, la vita di quell' infelice non è più protetta dalla legge, perchè il colpevole avendo omai incorso la pena di morte

non ha più nel timore di pena più grave un freno che lo trattenga dal porre a morte la sua vittima. Quell' articolo 344 fu riformato modernamente in Francia nelle sue due prime disposizioni relative al concorso di abuso di divise e di minaccie di morte, nei quali casi all' antica pena capitale la riforma sostituì la galera a vita. Ma l' antica impolitica ferocità fu mantenuta anche dopo la riforma pel terzo caso di inferiti tormenti. Vedasi Blanche *cinquième etude pag.* **266,** *et suiv.*

§. 1678.

In ordine alla *quantità politica del plagio* ne possono costituire altrettanti criterii misuratori tutte quelle circostanze per le quali la previsione del rinnovamento del fatto generi negli animi dei cittadini uno spavento maggiore, ed in tal guisa aumenti il danno mediato per il sentimento della minorata potenza della difesa privata. Così, a modo di esempio, l' essere eseguita l' abduzione piuttosto con violenza che con inganno può considerarsi come elemento di aggravio anche sotto questo punto di vista, perchè ognuno pensa che egli saprà in pari frangente cautelar meglio sè stesso in faccia ad un inganno; e quindi risente un timore più lieve. Così lo essersi l' abduzione eseguita al mezzo di congregate persone, o con presidio di armi, o con simulazione di pubblica forza, ne aumenta la gravità politica per la più difficile resistenza della vittima.

§. 1679.

Il *grado* in questo maleficio non richiama ad eccezionali considerazioni sotto il punto di vista della forza morale. Sotto il rapporto della forza fisica è

facile a concepire la forma del tentativo: ma può interessare di stabilire il vero confine fra il tentativo e la cosumazione. La libertà individuale è un diritto che non riconosce confini nè di spazio nè di tempo. Essa è integralmente violata tostochè anche per breve spazio o di tempo o di luogo sia stata tolta. Cosicchè la momentaneità dell' abduzione o della detenzione (abile a minorarne la quantità naturale) non può far cessare il titolo di plagio o carcere privato consumato, per dar luogo al titolo di conato sia dell' uno sia dell' altro. Si verifichi pure che il disegno del colpevole fu interrotto per sopravvenienza di qualsiasi fortuito onde non potè nè allontanare la vittima dal domicilio per tutto quel tratto che egli voleva e che occorreva al disegno suo, o non potè tenerla chiusa o vincolata quel tanto che desiderava. Codesta sua operazione potrà essere un tentativo nel senso volgare, ma non un conato nel senso giuridico; e dovrà incontrare la pena del consumato delitto. Il delitto non si consuma col chiudere il nemico precisamente nel mio castello, e col tenervelo per un determinato intervallo di tempo, o col vendere un infelice, o col guadagnare un lucro sul corpo di lui; ma si consuma col privarlo anche per brevissimo tempo della sua libertà: lo che se si faccia con un' abduzione fuori del luogo dove l' offeso volea rimanere (1) si ha il plagio consumato, quantunque la vittima non sia ancora stata trasportata al luogo eventualmente destinatole; e se si faccia con un rinchiudimento o con una vincolazione fa nascere il titolo di carcere privato consumato, quantunque siano state brevi le sofferenze dell' offeso, o il luogo

dove ha patito la prima sua detenzione non sia quello che i nemici suoi gli destinavano a carcere definitivo.

(1) La questione relativa al vero momento della *consumazione* del plagio si riproduce identica nel delitto di *ratto*, e vuol essere risoluta nel medesimo senso. Fra gli antichi si trova chi insegna che quando la persona rapita è tuttora non molto distante dalla casa da cui venne divelta, se il rapitore fu sorpreso e impedito di oltre procedere, abbiasi un tentativo e non un delitto consumato: Mattheu et Sanz *controv.* 55, *n.* 24, ed altri con lui. Ma sa ognuno quanto fosse nei criminalisti incompleta ed inesatta la nozione del tentativo prima che l'acuta mente del Carmignani ne ricostruisse la teorica sopra solide basi. Oggidì non credo che seriamente possa (almeno nella scuola italiana) riproporsi il dubbio che un rapitore quando venne sorpreso e arrestato a cento passi dalla casa della rapita debba tenersi a calcolo per mero tentativo perchè la donna fu presto liberata dalle sue mani ed egli non potè raggiungere il *fine* suo. Corre perfetta parità di ragione con l'analoga dottrina del furto. Il delitto come ente giuridico ha il suo oggetto nel diritto attaccato; e quando la lesione del medesimo è consumata, è consumato il malefizio.

§. 1680.

La figura del tentativo si avrà dunque soltanto quando (a modo di esempio) entrati nella mia casa i malfattori già abbiano posto le mani addosso a me, ma non abbiano ancora incominciato l'abduzione criminosa fuori del domicilio e pertinenze sue; giacchè io credo che il momento della definitiva consumazione del plagio si abbia appena la vittima è stata anche per pochi passi condotta via dal luogo dove essa volea rimanere. E quanto al

carcere privato il tentativo si avrà nello stesso plagio quando era destinato a servire di mezzo al secondo delitto; come pure in tutti quegli atti di esecuzione che incominciavano il rinchiudimento. E simile tentativo sarà evidentemente *prossimo* all' istante in cui le operazioni cominciarono a svolgersi sulla persona della vittima. Se per commettere il plagio o il carcere privato si usò violenza contro i domestici od amici di quella onde costringerli ad allontanarsi e non impedire, si avrà in ciò una *vis privata* contro i domestici, una minaccia, od altro delitto in sè completo, il quale alla sua volta farà le funzioni di tentativo del plagio che poscia non si potè consumare: ma questo tentativo sarà per opinione mia sempre remoto (§. 394) finchè gli atti non si saranno svolti in presenza della persona che si voleva rapire o rinchiudere.

§. 1681.

Più sottile mi sembra la ricerca se in questi reati si possa configurare il *delitto mancato.* Nel plagio penso assolutamente che no: almeno a me non riesce di configurarlo, perchè se il delitto mancato dev' essere un malefizio *subiettivamente consumato* senza esserlo obiettivamente, la subiettiva consumazione del condur via un uomo non può avvenire senza che concorra la obiettiva consumazione dell' uomo condotto via. Fosse pur l' uomo afferrato e la sua abduzione imminente, il sopraggiunto impedimento insieme con la consumazione obiettiva avrà impedito anche la consumazione subiettiva della seguita abduzione, atto che *rimane a*

farsi. Può idearsi un errore di persona; ma pur sempre si avrà allora un plagio consumato benchè su persona diversa da quella destinata, ed un plagio appena tentato sulla persona destinata. Nel carcere privato può nascere sospetto di una configurazione di *delitto mancato* nella ipotesi che la vittima sia stata chiusa in un luogo il quale contro le previsioni dei malfattori offriva una uscita, donde quella si pose in salvo senza patire *neppure un istante* il voluto rinchiudimento. Ciò porterà a dire che consumato il delitto di *carcere* non sia, perchè la non verificatasi privazione neppur brevissima della libertà esclude la obiettività necessaria alla consumazione. Ma non per questo io crederei che dovesse dirsi *mancato* (almeno in faccia al codice Toscano) perchè se nessuna effettiva privazione di libertà conseguì alla serie dei fatti subiettivamente esauriti secondo il disegno dell'agente, ciò derivò dalla inettitudine del supposto momento consumativo, e così dallo stesso *modo di agire* del colpevole; il quale pensò rinchiudere un uomo serrando l' uscio di una stanza che aveva aperti od apribili dall' interno gli altri egressi (1).

(1) Un giudicato della Suprema Corte di Giustizia di Vienna del 9 luglio 1872, riprodotto nella *Gazzetta dei Tribunali di Trieste anno 6, n.* 18, *pag.* 125, fra molte altre massime interessantissime che stabilì nel caso celebre del Conte Lichnoskij, ripetè ancor questa, che la criminosità della detenzione arbitraria si elimina quante volte il preteso recluso aveva materialmente piena abilità di evadere. Questa decisione meritevole di studio per la singolarità del caso e per le gravi questioni proposte, sembrami avvicinarsi a quanto io già scri-

veva a questo luogo nel testo, sull' argomento della inidoneità dei mezzi applicata alla detenzione arbitraria.

§. 1682.

In quanto alla complicità può presentare questo titolo una particolare questione sul proposito di coloro che *dopo* la consumata abduzione sopraggiungano a dare aiuto al rapitore, o dopo la eseguita carcerazione sopraggiungano ad assumere la custodia o vigilanza della vittima. Fino che questo delitto si considerò erroneamente come un reato contro la proprietà privata potè forse accettarsi la idea che il nasconditore della persona rapita o colui che in qualunque guisa senza precedente compatto fosse venuto dolosamente ad aiutare l' abduzione o la carcerazione nel suo prolungamento, dovesse equipararsi al ricettatore di cosa furtiva. E ciò (secondo le moderne nozioni, preferite nella scuola Germanica e in qualche codice Italiano) avrebbe potuto condurre a ravvisare in cotesti fatti posteriori alla consumata abduzione piuttosto il favoreggiamento che la complicità. Ma il plagio è un delitto contro la libertà individuale: la libertà è nell' uomo un diritto indefettibile che quantunque in lui violato criminosamente rimane sempre integro come diritto, e per conseguenza novellamente violabile. Io penso dunque che i successivi aiutatori (quantunque sopraggiungano ad un momento in cui già la libertà sia stata lesa nella persona condotta via o rinchiusa) se per il fatto loro si protrae la indebita abduzione o detenzione, non già debbano uscirne col mero titolo di favoreggiamento, ma voglia

giustizia che si assomiglino essi medesimi ai coautori o autori principali di plagio o di carcere privato per quello che essi operarono con effetto di prolungare a danno della vittima la privazione della libertà. Se chi vende l' uomo commette il plagio non mi sembra che possa impugnarsi commettere plagio anche chi dolosamente lo compra (1) e che continua a tenerlo in violento servaggio. Sarebbe assurdo che si punisse come delitto principale l' azione che agì soltanto per breve tempo sulla libertà della vittima, e non si punisse come delitto principale il fatto che agì su quella libertà forse per mesi ed anni successivi. Fu in questa ed altre simili configurazioni che io ravvisai alla materia della complicità (*Programma* §. *484*, *Complicità pag. 219*) la convenienza di distinguere fra i partecipi del delitto la fisonomia speciale dei continuatori del medesimo.

(1) Queste condizioni particolari hanno fatto nascere in alcuni antichi statuti, e riprodurre in molti codici contemporanei, la descrizione di una forma speciale di complicità nel delitto di plagio o di carcere privato, consistente appunto nel prestare la casa a chi abbia violentemente condotto via qualcuno. Così il codice francese all' art. 341 dispone che chiunque *abbia prestato il luogo* per eseguire la detenzione o sequestro illecito sarà punito con la medesima pena (galera da cinque a venti anni estensibile alla galera a vita se la detenzione durò più di un mese) della quale sono colpiti gli autori principali. Gli scrittori francesi designano questo come un modo di complicità speciale: Chauveau et Helie *théorie du code n.* 2953 — Voisin *de la complicité pag.* 157. Vedasi Blanche *cinquième étude n.* 240, dove censura la specializzazione di questa forma di complicità, os-

servando che con ciò niente si è derogato a tutte le altre forme generali di partecipazione al reato altrui. Ma forse in faccia alla economia generale della legge di Francia in proposito della complicità non sarebbe stata neppure necessaria tale specificazione che può rendersi opportuna in altre legislazioni. Questa specialità è stata pure preveduta dal codice di Neuchatel art. 182, dal codice di Spagna art. 405, dal codice di Malta art. 78, dal codice del Vallese art. 260, e dal codice Sardo art. 199. Senza che, a quanto pare, veruno di questi codici distingua il caso della promessa antecedente dal caso in cui questa non fosse intervenuta avanti lo impossessamento arbitrario della persona.

La previsione di questa forma di partecipanza nella *continuazione* del delitto sopravvenuta dopo la consumazione del medesimo ha la sua radice nel testo. E di fatto e' insegna Ulpiano *in leg.* 1, *ff. ad legem Fabiam de plagiariis*, che per la legge Fabia era ugualmente tenuto il compratore doloso come il venditore dell' uomo libero: e Gajo nella *leg.* 4, *ff. eodem* parifica al compratore ogni altro che per diverso titolo ne avesse scientemente acquistato il possesso. Acremente disputano i dottori intorno al frammento di Marciano riferito alla *leg.* 3, *ff. ad leg. Fab.* contradicendosi su quanto ivi si dice dei possessori di buona fede. Vedasi Wan Wryhoff *observat. cap.* 12, confutato dal Puttmann *interpetrationum cap.* 23; e dal Cannegieter Giovanni *ad collat. leg. mos. tit.* 14, *pag.* 247. Ma qualunque sia la più vera lezione del frammento di Marciano sembra certo che ai possessori di buona fede non si estendesse la legge Fabia.

§. 1683.

La penalità di questo delitto, che in generale dai codici moderni (1) si determina in una detenzione temporaria, è stabilita dal codice Toscano (art. 358, 286, 360) nella casa di forza da tre a sette anni

pei casi ordinari, estensibile per le circostanze aggravanti fino a dodici anni, e riducibile ancora al mero carcere nei casi più leggieri; che per altro il codice stesso non indica, lasciando come è suo metodo alla libera apprezziazione del magistrato il giudizio della leggerezza. Il codice Sardo (come bene osserva Puccioni *commentario vol. 4, pag. 624*) non contempla la vera ipotesi del plagio; ma confondendolo con lo arresto arbitrario lo punisce (art. 199) col carcere non minore di un anno, passando alla reclusione dove sia stato eseguito con falsa divisa; e ancorchè all' arresto arbitrario abbia susseguito la detenzione (art. 200) non passa a minacciare la reclusione tranne quando la detenzione arbitraria abbia superato il tempo di un anno.

(1) Il codice Austriaco, che enumera il plagio fra le *violenze pubbliche*, commina (§. 93) secondo i casi la carcere da sei mesi ad un anno, o se ne resultò danno il carcere duro da uno a cinque anni; il codice Bavarese (art. 193) un anno di casa di lavoro, e la casa di forza per lo stesso tempo nei casi più gravi; il progetto di codice Portoghese (art. 205) la reclusione dalla prima alla terza classe; il codice Parmense (art. 378) la reclusione; il codice Estense (art. 235) la carcere da due mesi a due anni estendibile ai lavori forzati; il codice Badese (§. 267) commina la casa di disciplina contro il plagio, attribuendo per altro a questo reato una nozione in parte più vasta e in parte più ristretta della comune.

CAPITOLO X.

Ratto.

§. 1684.

Col titolo di ratto si designa oggi — *la violenta o fraudolenta abduzione o ritenzione di una donna contro la sua volontà per fine di libidine, o di matrimonio.* Già ho detto e ripetuto (§. 1373 e §. 1478, nota) le ragioni per cui il *ratto* io non colloco nè fra i delitti contro la famiglia, nè fra i delitti contro la pudicizia: non fra quelli contro la famiglia perchè il ratto esiste ancorchè la rapita sia libera di sè, e non abbia legami di famiglia: non fra quelli contro la pudicizia perchè il ratto può essere *consumato* senza che nessunissimo oltraggio siasi recato al pudore della donna, come è chiaro quando sia diretto al fine di matrimonio; e se la oggettività del ratto si trovasse nella pudicizia bisognerebbe che il medesimo si guardasse come un delitto tentato quando non ebbe consumazione la offesa al pudore. Il ratto considerato come *specie* ha nei più completi termini lo esaurimento della sua soggettività e della sua oggettività nella consumazione della offesa alla *libertà* mercè la dissentita abduzione. Il *fine* o di libidine o di matrimonio è una condizione della specie per distinguerla in ragione di quello dal plagio. Ma così l' uno come l' altro coincidono nella oggettività giuridica prevalente che ne deve determinare la classe. Come vedemmo che quando al plagio commesso per fine di lu-

cro succeda il furto al quale era destinato a servire di mezzo, naturalmente il delitto esce dalla classe dei reati contro la libertà per far passaggio nella serie dei furti qualificati: così può avvenire che al ratto tenga dietro la violenza carnale a servigio della quale erasi commesso, ed allora ugualmente il delitto uscirà dalla classe dei reati contro la libertà per far passaggio nella serie dei delitti contro la pudicizia come violenza carnale, e di questa appunto la prima estrinsecazione violenta starà nel rapimento della donna; dopo il quale invano vorrà pretendersi che lo stupro cessi di essere violento perchè la donna per avventura desistette da ogni inutile lotta contro l'uomo che ormai l'aveva ridotta in propria balìa. Non è ammissibile nella esattezza del linguaggio che il ratto si dica qualificato dalla successiva violenza carnale, perchè troppo è più grave questa seconda offesa al diritto che nol sia stata la prima: è invece coerente alle regole di un buon metodo che si dica l' abuso carnale (lesione al diritto della pudicizia) qualificato dal ratto o dalla indebita detenzione, come si dice qualificato dalla violenza privata, quando gli furono mezzo. Il codice Toscano (art. 284) ha obbedito alla forza di questo pensiero, quando ha parificato esattamente nella pena il ratto con susseguito abuso alla violenza carnale: ma dove non si volesse aderire a siffatta deduzione, e si volesse dire che l'abuso con semplice violenza è meno grave dell'abuso con abduzione e che questo è meno grave dell' abuso con incarceramento, ciò niente altererebbe il criterio nozionale; si avrebbe soltanto una gradazione nelle diverse qualifiche. Ma queste per la

loro progressiva gravità non perderebbero il carattere di qualifiche, e la lesione principale determinatrice del titolo sarebbe sempre quella recata alla pudicizia. Quando invece la offesa alla pudicizia non ebbe la sua consumazione e neppure il suo tentativo speciale, se il *ratto* (1) si vuol mantenere nella figura di delitto perfetto bisogna considerarlo come reato contro la libertà.

(1) Bibliografia — Damhouder *praxis rer. crim. cap.* 97 — Bossio *tit. de raptu mulierum* — Harpprecht *in instit. tit. de publicis judiciis* §. 8 — Ludwell *exercitat. in quartum institutionum pag.* 349, *lit.* 9 — Guido Papa *singul.* 107 — Carerio *praxis crim. tit. de raptu* — Claro *lib.* 5, *sentent.* §. *raptus* — Deciano *tractat. lib.* 8, *cap.* 6 *ad* 14 — Cala *de modo articulandi* §. 2, *gloss. un. quaest.* 212, *n.* 664 — — Mascardo *conclus.* 1253 — Heils *tractatus criminalis pag.* 582 — Grantz *de defensione reorum pars* 1, *cap.* 4, *memb.* 1, *sect.* 3, *n.* 113 — Schneidwino *in instit. ad tit. de publicis judiciis* §. 8 — Carpzovio *practica pars* 1, *quaest.* 40, *n.* 26 *et seqq.* — Menochio *de arbitr. cas.* 360, *n.* 30 *et seqq.* — Dino Licinianen. *dec.* 34 — Sesse *dec.* 94, 95, 96 — Alessandro *cons. lib.* 3, *cons.* 1 — Cravetta *cons.* 18 — Rolando *vol.* 1, *cons.* 24, *n.* 12 — Castillo *dec.* 185 — Cortiada *dec.* 75, *n.* 7 — Sorge *enucleat. praxis crim. cap.* 57, *n.* 17 — Farinaccio *quaest.* 145 — Saliceto *in L. un. C. de raptu virginum n.* 7 — Grillanda *de poenis omnif. coit. lib.* 3, *quaest.* 10, *n.* 22 *et seqq.* — Chlingensperger *apotelesma juris civilis lib.* 4, *tit.* 18, *quaest.* 9 — Gomez *super L.* 80 *Tauri*, *n.* 96 — Boerio *quaest.* 315, *col.* 2 — Mattheu et Sanz *controv.* 55, *n.* 22 *et seqq.* — Hellbach *selecta crim. posit.* 72, *n.* 15 *ad* 18 — Angelo *de delictis cap.* 109 — Blumner *de raptu, Lipsia* 1788 — Klein *disputatio* 10;

in ejus collect. pag. 433, *et* 475 — Ala *foro Criminale vol.* 7, *pag.* 71 — Boehmero *elementa sect.* 2, *cap.* 11 — Puttmann *elementa* §. 666 *et seqq.* — Mellio *instit. jur. crim. lusitani tit.* 4, §. 17 — Kemmerich *synopsis lib.* 2, *tit.* 11, *n.* 30 — Zuffio *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 27, *n.* 20 — Bonifacio *instit. crim. lib.* 2, *tit.* 6, *n.* 10 *et seqq.* — Bugnyon *legum abrogatarum lib.* 1, *sat.* 218, *Bruxelles* 1702 — Rousseaud de la Combe *matières criminelles pag.* 59 — Muyart de Vouglans *institutes au droit crim. pag.* 499 — Valazé *loix pénales pag.* 54 — Jousse *justice criminelle tom.* 3, *pag.* 719 — Borneman *dissertatio de crimine raptus* — Tissot *droit pénal vol.* 2, *pag.* 84 — Renazzi *lib.* 4, *pars* 4, *cap.* 7 — Carmignani *elementa* §. 1159 *et seqq.* — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 397 — Mangano *il codice penale italiano, trattato* 1, *vol.* 2, *pag.* 61 — Arabia *principii vol.* 3, *pag.* 236.

§. 1685.

Il Waechter *(de lege saxonica pag. 5)* si fece l' obietto che il ratto non dovesse pertenere alla classe dei delitti contro la pudicizia per le ragioni da noi sopra esposte. Ma nonostante persistè a mantenerlo nella vecchia classe, perchè — *in eis quoque casibus, in quibus matrimonii tantummodo extorquendi causa perpetratur, castitatem et pudicitiam honoremque mulieris violare dici possit.* Malgrado la opinione del sapiento alemanno, e quantunque prevediamo che anche a questa occasione il nostro metodo di classazione possa incontrare censura, come già lo ha in altre occasioni incontrato per la impossibilità che tutti gli uomini pensino allo stesso modo, io persisto nella opinione mia,

che fu pur quella preferita dal Valazè *loix pénales pag. 54,* e da altri.

E qui ripeterò una volta per sempre (e lo dirò anche più chiaro affinchè i censori sappiano a quale argomento rispondere) qual' è il criterio che a senso mio deve decidere la questione della classe in ogni delitto. Questo criterio è quello della CONSUMAZIONE. Il diritto la cui lesione *basta* a dire consumato il maleficio è quello che deve determinare la classe. Il latrocinio si consuma con l' omicidio quantunque il furto sia tentato. Dunque spetta alla classe dei delitti contro la vita e non a quella dei delitti contro la proprietà. La falsa moneta si consuma con la fabbricazione quantunque non sia stata spesa; dunque male starebbe nella classe dei delitti contro la proprietà, e bene nella classe dei delitti contro la pubblica fede. La calunnia è consumata quantunque l' innocente non siasi fatto condannare: dunque la calunnia non spetta alla classe dei reati contro la privata sicurezza, ma a quella dei reati contro la pubblica giustizia. Il ratto si consuma egli o no senza che sia ancora avvenuto alcun attacco alla pudicizia della donna? (1). Tutti ne convengono. Dunque il ratto spetta alla classe dei delitti contro la libertà quando non è susseguito dall' oltraggio al pudore: e quando ne è susseguito sorge la combinata lesione di due diritti, e la combinazione di due reati; dei quali l' uno è *mezzo* e l' altro è *fine:* ed allora la collocazione si determina (secondo i principii generali, §. 170) con la teorica della prevalenza.

L' argomento di Waechter pecca a mio parere in questo, che egli confonde l' *onore* (reputazione della donna) con la pudicizia. Che ogni ratto

quantunque non susseguito da nessuna offesa alla *pudicizia* della donna, rechi un qualche detrimento all' *onore* suo per il sospetto che la pudicizia sia stata contaminata, io lo concordo. Ma allora è violato l'*onore*, e non la *pudicizia:* e la cosa è sostanzialmente differente.

Tale è la mia opinione coordinata ad un modo generale di vedere, che fu universalmente lodato in Carmignani: e quando il principio generale è approvato io non veggo come possano negarsene quelle applicazioni che logicamente derivano dal principio prestabilito.

(1) Fra gli antichi disputò su questo punto lo Struvio *Evolutiones pag.* 673.

§. 1686.

A questo luogo pertanto io niente prenderò a considerare la ipotesi della susseguita violenza carnale, e niente ritornerò sulle molte osservazioni che già feci al suo luogo in proposito dei delitti contro la pudicizia. Nella presente sede io non mi occupo che del *ratto* nella sua forma semplice e nel suo modo di essere di delitto principale contro la individuale libertà. E ciò porta all' altra conseguenza che molte delle osservazioni da me fatte in proposito del plagio, vogliono qui essere ripetute dal lettore se congruamente vi sono adattabili, ma non debbono essere ripetute da me; poichè in sostanza il *plagio* ed il *ratto* non differiscono che nel fine (1). Queste premesse riducono il presente capitolo ai suoi minimi termini.

(1) La diversità del *fine* non influisce soltanto per dare un diverso titolo (plagio o ratto) alla *abduzione* violenta: influisce ancora sul dare un diverso titolo alla *ritenzione*, la quale diviene *detenzione arbitraria* o *carcere privato* se per fine di lucro o vendetta, e rimane sotto il titolo di *ratto* se per fine di libidine: e ciò anche a senso degli antichi pratici; Nevizano *sylva nuptialis lib.* 4, *n.* 46 — Bajardo *ad Clarum lib.* 5, §. *fin. quaest.* 68, *n.* 84.

§. 1687.

La definizione che ho dato del ratto pone in chiaro i criterii essenziali di questo malefizio: e sono — 1.° il *fine* o di *libidine* o di *matrimonio* — 2.° l' *abduzione* o *ritenzione* della *donna* — 3.° la *violenza* o la *frode* — 4.° la *contraria volontà* della donna.

§. 1688.

1.° Il *fine* per cui si abduce o si ritiene la donna deve essere quello o di libidine o di matrimonio. Sta in questo fine il criterio che delimita il ratto dal plagio e da altri delitti. Se il fine di matrimonio (1) non fosse sufficiente a costituire il reato di ratto, non vi sarebbe ragione per mantenere questo titolo nella scienza. Il ratto potrebbe incontrare la sua repressione nel titolo della violenza carnale consumata, quando lo fosse, o nel tentativo della medesima; perchè in fine dei conti il rapire, il rinchiudere, il legare e lo afferrare per le braccia, sono sempre violenze contro la libertà che potrebbero nella nozione considerarsi come assorbite nel delitto fine, salva la graduazione dovuta alla

gravità maggiore della usata violenza. Ma poichè il ratto ha la sua speciale nozione giuridica anche nella ipotesi che sia diretto al fine del matrimonio, e il matrimonio non è nè una offesa alla pudicizia nè un delitto, ma soltanto è una ulteriore offesa alla *libertà personale* costringere alcuno ad un sacramento e al conjugio; così è una necessità di metodo che si conservi il titolo di ratto come titolo speciale, ed appunto come titolo che desume la sua criminosità costante dalla *offesa alla libertà* quando non viene assorbito da una offesa maggiore.

(1) Da ciò vollero alcuni trarre una regola generale; e così si insegnò nettamente dal Seigneux (*système abrégé de jurisprudence criminelle pag.* 247) la proposizione che il ratto dovesse in modo assoluto punirsi meno della violenza carnale, per la ragione che nei casi ordinari è eseguito *al fine legittimo* di matrimonio. Ma questa stessa ragione porta alla conseguenza che praticamente la proposizione non debba accettarsi come assoluta, e che perciò quando consti del fine di libidine risorga tutto l'interesse della protezione della pudicizia, e il titolo di ratto faccia luogo alla violenza carnale consumata o tentata quando ne ricorrano i termini. In sostanza il titolo di ratto nelle mie idee non dovrebbe essere che un titolo supplementario, da applicarsi cioè soltanto dove non sia fatta chiara la intenzione di violentare carnalmente. Quando questa siasi estrinsecata io ripeto che non vi è ragione di fare una figura speciale del *ratto*. È un modo di violenza più grave, ma è sempre un *mezzo* della violenza carnale.

§. 1689.

2.° L'*abduzione* o *ritenzione della donna*. Questo secondo estremo o criterio essenziale tiene alla ma-

terialità. Il ratto si consuma con l' abduzione (1) come dicemmo nel plagio; e quella può essere o no susseguita dalla ritenzione. Ma può anche consumarsi con la sola ritenzione senza precedente abduzione, quando (a modo di esempio) taluno chiuda nella propria casa una donna che siasi colà spontaneamente condotta per sue bisogne, e ve la ritenga a fine d' indurla a disonesta conoscenza o a nozze da lei non volute. E qui potrebbe nascere dubbio se lo estremo della ritenzione dovesse riconoscersi nella diversa ipotesi che all' istesso fine si fosse rinchiusa la donna nella casa propria di lei, per avventura solitaria: ed io non vedrei difficoltà nessuna a trovarvi lo estremo del ratto, purchè la donna fosse posta con ciò sotto la balìa del suo oppressore; almeno in faccia alla vaga lettera del codice Toscano *(ritiene)* non veggo motivo di respingere siffatta opinione.

(1) Il Molineo nelle note ai consigli dell' Alexandro *(consil.* 1, *n.* 12, *lib.* 3) pretese sostenere che il ratto non aveva bisogno di abduzione da luogo a luogo, ma che era ratto qualunque conoscenza carnale di donna per mezzo di violenza. Di questa singolare dottrina fece particolare confutazione il Mollero nei suoi *semestri, lib.* 3, *cap.* 7, *pag.* 240. E parmi possa affermarsi come singolare e non ricevuta la opinione del Molineo, prevalendo la regola *aliud est rapere, aliud per vim stuprare.* Laonde può aversi ratto senza stupro, stupro senza ratto, e stupro e ratto congiunti insieme. Il ratto può essere mezzo allo stupro, e può essere anche successivo allo stupro, quando il colpevole dopo avere stuprato la donna senza idea di rapirla, venuto poscia in desiderio di avere maggior copia di lei, proceda ancora a rapirla senza poscia aver agio di devenire con quella a nuovi con-

gressi violenti. In questa ipotesi si avrebbero *due delitti* distinti, *continuati* se vuolsi, ma pur sempre due, cioè una violenza carnale senza precedente ratto, ed un ratto senza susseguente violenza carnale: la quale osservazione potrebbe essere importantissima in faccia ad una legislazione che più severamente punisse il ratto susseguito da stupro, e meno punisse lo stupro violento non preceduto da ratto, e il ratto non susseguito dalla violenza carnale. Così (a modo di esempio) nell'antica pratica sassonica che per la più ricevuta opinione non soleva punire di morte il ratto non susseguito da stupro, questa mia osservazione poteva essere vitale. L' Anton Matteo (*de criminibus lib.* 48, *tit.* 4, *cap.* 2, *n.* 7) dissertò con molta erudizione e solidi argomenti per dimostrare che il ratto e lo stupro violento erano una identica cosa. Carmignani (*elementa* §. 1165, *nota* 4) fondandosi sulla autorità del Renazzi e del Poggi e degli autori da loro citati, censurò il Matteo e professò opinione contraria. In questa disputa non bisogna confondere il punto di vista di mera erudizione per cui si esamina il quesito rispetto al giure romano; e il punto di vista scientifico. Sotto il primo aspetto mi permetterò di osservare che se insigni romanisti sostennero e l' una e l' altra opinione, ciò forse dipende da questo che l' una e l' altra possono esser vere secondo che si guarda il diritto romano antico od il diritto romano nuovo; essendo un fatto che nei monumenti di quella legislazione trovasi talvolta il ratto confuso con lo stupro e talvolta distinto. Ma sotto il punto di vista scientifico il quesito non può a mio parere risolversi senza una distinzione. Quando il ratto fu commesso a mero fine di costringere al matrimonio senza niente volere attentare alla pudicizia della donna, il ratto è un vero e proprio delitto contro la libertà personale distinto dallo stupro o violenza carnale: ma quando invece il ratto ebbe per fine l' attentato al pudore o fu dal medesimo susseguito, la distinzione fra ratto e stupro diviene inutile nella scienza. Se lo stupro non avvenne, il ratto potrà punirsi come tentativo di stupro: se lo stupro avvenne,

il ratto gli darà la qualifica di violento; e quando anche voglia considerarsi questo mezzo di violenza come più grave non farà mestiero costituirne un titolo speciale: vedasi Thomasio *notae ad pandectas pag.* 559. Certo è che per la dottrina concorde dei moderni criminalisti lo stupro commesso violentemente sopra una donna anche conducendola da una stanza all' altra del suo domicilio non si considera come ratto.

§. 1690.

In questo secondo estremo si fa parola della donna. Dunque, checchè si opinasse in antico (1), l' abduzione o la ritenzione di un uomo per fine di libidine non è ratto, ma violenza carnale o consumata o tentata. E questo nuovamente dimostra la verità di quanto avvertiva, testè; vale a dire che la ragione di mantenere il titolo di ratto come figura distinta dalla violenza carnale deriva dalla ipotesi del ratto a fine di matrimonio. Potrebbe sembrare che questo ragionamento non bastasse ad escludere il ratto dell' uomo commesso dalla donna, potendo avvenire che talvolta anche la donna rapisca l' uomo per il fine di matrimonio. Ma l' obietto è apparente perchè bisogna riflettere che la donna non può mai esercitare sull' uomo rapito quella coazione morale che sulla donna da lui rapita esercita l' uomo conducendola a considerarsi come perduta nella reputazione, e così necessitandola a cercare nel matrimonio col suo rapitore, quantunque inviso, l' unico riparo possibile alla propria rovina. Uguale coazione non può esercitarsi dalla donna sull' uomo da lei rapito che nulla soffre discredito nell' onor suo; laonde se il matrimonio sopraggiunga al ratto del-

l'uomo bisogna dirlo liberamente consentito da questo: chè se invece il fine o la conseguenza del ratto dell' uomo fu lo sfogo della libidine, la violenza alla libertà si assorbisce nel titolo della violenza al pudore ed incontra la debita repressione come *violenza carnale* o consumata o tentata. Cosicchè il ratto dell' uomo come figura speciale di delitto contro la personale libertà non merita di essere contemplato. Il ratto di un uomo commesso da un uomo non si presta alla ipotesi del fine di matrimonio; non ammette che il fine di una turpe libidine, per la quale rientra senza difficoltà nella violenza carnale (2). Di qui la specificazione eccezionale del sesso nel soggetto passivo di questo malefizio.

(1) Gli antichi pensarono che il ratto dell' uomo commesso dalla donna dovesse invece punirsi con maggiore severità: Ludwell *exercitationes disput.* 18, *thes.* 8, *pag.* 350. E senza andare a simili estremi molti furono che insegnarono doversi la rapitrice punire di morte al pari del rapitore: Saliceto *ad l. un. C. de raptu virg. n.* 8 — Marsilio *in l. un. C. de raptu virginum n.* 225 — Paponio *lib.* 22, *tit.* 6, *arrest.* 4 — Gomez *in l.* 80 *Tauri n.* 27 — Damhouder *praxis rer. crim. cap.* 97, *n.* 17 — Sorge *enucleationes vol.* 9, *pag.* 233, *n.* 15. Altri però anche fra gli antichi opinarono non doversi questo caso punire come ratto: Grillanda *de divers. crim. lib.* 3, *quaest.* 10, *n.* 25 — Claro §. *raptus n.* 6 — Menochio *de arbitr. cas.* 291, *n.* 11 — Guttierez *de matrim. pars* 3, *cap.* 86, *n* 25.

(2) Grillanda *de poenis omnifar. coit. lib.* 3, *quaest.* 10, *n.* 25. I pratici considerarono ancora la ipotesi del ratto commesso dalla donna sulla donna per fine di tribadismo, e alcuni negarono che qui ricorresse il titolo di ratto: Deciano *lib.* 8, *cap.* 7, *n.* 28 — Menochio *de arbitr.*

in addit. cas. 291, *n.* 30 *et seqq.;* mentre altri indistintamente lo ammisero: Saliceto *in l. un. C. de raptu virgin. n.* 7 — Farinaccio *quaest.* 144, *n.* 43 — Sorge *enucleationes vol.* 9, *cap.* 37, *n.* 17. Ma qui pure si deve ripetere l'avvertenza che il titolo speciale di ratto ha la sua necessità di essere per la contingenza del fine di matrimonio. Cosicchè dove questo è impossibile, il rapire (tosto che si faccia per fine di qualsisia libidine) è una violenza che trova la sua repressione nell'attentato alla pudicizia.

§. 1691.

3.° *Violenza* o *frode.* Queste due condizioni che attengono pur esse alla materialità del fatto si pongono alternativamente, perchè la frode come la violenza escludendo il libero consenso del soggetto passivo fanno ciascuna di loro sorgere la contradizione del fatto col diritto della libertà individuale. La ragione dello equiparare sta dunque nella presunzione di dissenso che ugualmente risulta cosi dallo inganno come dalla violenza. E tanto è ciò vero che se taluno avesse fatto venire con falsità e pretesti una donna nella propria casa, e questa poscia trovatasi colà avesse di buona voglia aderito ai desiderii di lui, non vi sarebbe delitto; perchè alla violenza carnale ed al ratto violento mancherebbe l'estremo della *vis;* ed il ratto fraudolento malgrado la presenza di un inganno non potrebbe sostenersi, perchè la spontanea adesione successiva eliderebbe la presunzione di dissenso. Il dissenso sarebbe stato *opinato* dal giudicabile, ma erroneamente; e i delitti putativi non si ammettono.

§. 1692.

4.° *Contro la volontà* della donna. Questo quarto estremo che si aggiunge nella definizione sulle orme del codice Toscano è piuttosto una dilucidazione e dichiarazione del terzo anzichè un criterio distinto. Esso serve a dimostrare che l' apparenza esteriore di una violenza o di una frode non bastano a costituire il ratto punibile se la donna veramente non dissenti: perchè in sostanza la criminosità del fatto non sta nè nella violenza, nè nella frode, guardate in loro stesse, ma nel soggiogamento di una contraria volontà, del quale ordinariamente si ha una manifestazione nell' inganno o nella forza adoperata per ottenerlo. Tutto ciò che ad occasione della violenza carnale fu avvertito da noi (§. 1519 e 1520) intorno alle difficoltà pratiche di ben distinguere la reluttanza vera dalla reluttanza affettata della donna, vuol essere qui ricordato; salvo che il conoscimento rimarrà assai più facile al giudice in tema di *ratto*.

§. 1693.

Il consenso della donna che si dice rapita fa di ordinario cessare ogni possibilità d' imputazione trattandosi di lesione ad un diritto del quale la persona offesa ha la libera disponibilità. Ma vi sono delle condizioni nelle quali una femmina non ha la piena e libera disponibilità di sè stessa, o perchè è ritenuta incapace di consenso, o perchè subietta a potestà altrui violi essa medesima l' altrui diritto

sottraendosi a quella. La prima ipotesi, che si trova nella ragazza al disotto di dodici anni e nella mentecatta, riproduce qui la teorica sulla violenza presunta della quale altrove (§. 1491 e segg. e §. 1515) già disputammo, e che parrebbe dovere essere risoluta sotto qualunque sua forma con identico principio (1).

(1) Dove la legge vegliante ammette come qualifica dello stupro la violenza presunta o *induttiva* o *assimilativa*, che si vuole desumere dalla qualità di *mentecatta* riconosciuta nella donna, si agitò la questione se analoga qualifica per identica condizione possa ammettersi nel delitto di *ratto*. Tale questione si presentò alla Corte di Assise di Messina il **14** ottobre **1870**, la quale pronunziò condanna per ratto violento sul fondamento della imbecillità della femmina che erasi condotta via senza uso di alcuna violenza positiva nè morale nè fisica. Ma questo giudicato si annullò ben presto dalla Corte di Cassazione di Palermo, la quale col decreto del **20** marzo **1871** dottamente esaminando il problema stabilì non essere valutabile come criterio di violenza la mentecattaggine della donna fuggita.

§. 1694.

La seconda ipotesi s' incontra nella donna maritata e nella ragazza al di sopra di dodici anni, o che non abbia ancora compito il sedicesimo anno, o che avendolo compito sia tuttora soggetta alla patria potestà od all' autorità tutoria. Qualora la femmina in queste tre condizioni abbia consentito a fuggire coll' uomo, la vera figura del ratto o scomparisce affatto, od impallidisce. Ma rimane un argomento d' imputabilità sotto altro punto di vista

il quale non è l' identico nelle tre ipotesi accennate. Nel caso della ragazza che versa fra i dodici e i sedici anni s'imputa il fatto perchè il consenso di lei si considera come giuridicamente meno pieno. E perciò subentrando il concetto della seduzione si punisce il ratto con pena più lieve ma sempre indipendentemente da ogni riguardo all' autorità patria e tutoria; e perciò si perseguita a pubblica azione. Questo è il caso previsto dall' art. 286 del codice Toscano. Nella ipotesi della ragazza al disopra dei sedici anni ma soggetta all' altrui potestà, e nella ipotesi della donna maritata il malefizio muta affatto la sua giuridica fisonomia. Non più si può parlare di lesione del diritto di libertà nella femmina: ma bisogna parlare di lesione dei diritti paterni, tutorii, o maritali. È per rispetto a cotesti che si perseguita il fatto in simili termini, punendo soltanto il così detto rapitore se la donna era nubile; punendo anche la donna se era maritata, ma sempre a querela di parte. Questi sono i due casi previsti dal codice penale Toscano agli art. 287 e 289; e sono questi i casi che nella pratica universalmente (1) si segnalarono col nome di *ratto improprio*.

(1) Fra i codici moderni può dirsi una singolarità quella degli statuti criminali della Engiadina che al §. 90 della sez. 2, parificano il *ratto improprio* al *ratto proprio*, minacciando indistintamente ad entrambo i casi la pena dei ferri da uno fino a quattro anni.

§. 1695.

Gli scrittori di cose criminali riuniscono tutti la trattazione del ratto *improprio* con quella del ratto

proprio, indotti forse da un'ombra di somiglianza esteriore e dalla identità del nome. Ma in primo luogo la identità del nome è un neologismo che sarebbe tempo di bandire dal linguaggio scientifico. La ragazza di venti anni che fugge dal padre, e la moglie che fugge dal marito per seguitare desiderosa il proprio amatore, non può dirsi *rapita* nel vero senso che ha la parola a questo luogo, cioè rapita a sè stessa; e solo può dirsi rapita ai parenti o al marito: e difatto i giuristi trovarono il criterio di imputabilità di tali fattispecie nella *vis in parentes.* Ma allora sorge la ulteriore osservazione che i malefizi non vogliono essere definiti e classati secondo l'accidentalità di un *nome,* ma secondo la loro vera oggettività giuridica. Ora di questo così detto ratto *improprio* non essendo possibile ravvisare l'oggetto nella libertà individuale, sarebbe affatto fuori di luogo discorrerne a questa sede; e poichè invece l'unico oggetto di tale reato sono i *diritti di famiglia,* è ben dovere che a quella sede (§. 1975 e segg.) se ne rimetta la trattazione come di reato essenzialmente distinto dal ratto. Lo che più volentieri facciamo perchè non trattasi di malefizio del quale possa uscirsene con un rapido accenno, ma è argomento che conduce a molte ricerche e suscita eleganti questioni, le quali esposte al presente luogo richiamerebbero ad un ordine d'idee tutto distinto da quello dal quale s'informa la classe che qui percorriamo, e che invece tornano adatte a completare la classe dei delitti contro la famiglia secondo il metodo che ci siamo prefissi. Basti dunque questo mero accenno, e torniamo ad esaurire lo studio del vero *ratto.*

§. 1696.

I criterii misuratori del ratto sono quelli stessi che già trovammo nel plagio. Avvene per altro uno specialissimo che è meritevole di considerazione, quello cioè del susseguito matrimonio. Generalmente il matrimonio susseguito al ratto si considerò, per l'influsso del giure canonico, come una circostanza che ne minorasse la imputazione. È questa una deroga al principio generale che nega potersi dare efficacia minorante ai fatti successivi alla consumazione del delitto? Parrebbe a prima giunta doversi ravvisare nell' anzidetta disposizione una deroga a codesto principio. Parrebbe che la valutazione del successivo matrimonio, la quale dall' art. 288 del codice Toscano si spinge fino a ridurre la pena del ratto violento al carcere da un mese ad un anno ed a dichiararlo perseguitabile soltanto a querela di parte, fosse ispirata da un mero principio politico analogo a quello per cui nel furto si ammette come diminuente la spontanea restituzione del tolto; non perchè il fatto giuridico ormai compiuto possa modificarsi, ma per la veduta d'indurre il colpevole alla possibile riparazione. Ma nella ipotèsi presente parmi ravvisare una differenziale, ed ecco il mio pensiero. Già dissi che nel ratto il fine di matrimonio si equipara al fine di libidine: la differenza di malvagità nelle due proeresi parrebbe che portasse a distinguere almeno nella pena; ma ciò non si può per la ragione che in molti casi il rapitore avrebbe balia di allegare il pretesto che agì per fine di matrimonio: bisogna dunque ade-

guare le due penalità onde non aprire adito a tale scusa. Ma quando il rapitore ha realmente contratto matrimonio con la rapita è evidente che il fine delle nozze non è più un pretesto: onde senza pericolo d'inganni per parte dell'accusato si può star certi della differenziale del fine, e così nel fine meno pravo trovare una circostanza non già che minora il delitto *ex post facto*, ma che rivela *ex post facto* la minore *pravità originaria* del maleficio; ed in tal guisa ricongiungere la diminuente con un principio stettamente giuridico (1).

(1) Comunemente distinguevano i pratici allo scopo della penalità fra il ratto commesso a fine di matrimonio, e il ratto commesso a fine di libidine: e dalla pena capitale, serbata per questa seconda ipotesi, deflettevano nella prima. Anzi la mitigazione della pena ammettevasi eziandio nel ratto commesso a fine di libidine quando poscia la violenza carnale non avesse avuto luogo, a condizione per altro che ciò fosse derivato dalla volontà del colpevole, il quale sebbene avesse avuto balìa di sfogare la libidine che lo aveva spinto al delitto, se ne fosse volontariamente astenuto: che se invece dallo stupro egli era stato impedito per altre cagioni, niente consideravasi simile circostanza come influente nè sulla essenzialità nè sulla quantità del maleficio: Carpzovio *pars* 1, *quaest.* 40, *n.* 27 e nei suoi *responsa lib.* 6, *tit.* 9, *respon.* 87 — Grantz *de defens. reorum, pars* 1, *cap.* 4, *n.* 114, *pag.* 151. Questa diminuente che generalmente si ripete dai pratici li conduce ad esaminare la speciale questione proposta da Seneca (*controversiae lib.* 1, *controv.* 5) il quale narra che un uomo avendo in una stessa notte rapito due donne, sebbene fosse pronto a sposarne una rischiava malgrado ciò non potersi salvare dal patibolo, per la impotenza in cui egli era di sposare anche l'altra: e comunemente ripetono che il favore del matrimonio dovesse salvar costui dalla morte anche

in faccia al secondo ratto nel quale era impossibile cotesta diminuente: si vedano i citati da Sorge *enucleationes vol. 9, pag. 233, n. 8.* Bisogna però confessare che gli antichi non la guardarono tanto per la sottile come noi la guardiamo, e ad accogliere questa diminuente si indussero per la ragione empirica del favore del matrimonio; pressô a poco come il Tiraquello insegnava doversi far grazia del capo a qualunque colpevole che si fosse offerto di sposare una meretrice. Questa sola considerazione di favore delle nozze non parrebbe a me sufficiente se non si svolgesse in un principio giuridico.

§. 1697.

Dalla idea che il ratto, considerato come delitto di per sè stante e non come qualifica della violenza carnale posteriormente consumata, debba referirsi ai reati contro la libertà personale, ne deriva necessaria la conseguenza che nel delitto di ratto la qualifica di *meretrice* nella rapita non possa assumere importanza che diminuisca la quantità naturale del maleflzio. O disonesta od onesta che sia la donna, sempre ha ugualmente nella sua pienezza il diritto alla individuale libertà: la circostanza del meretricio, culminante nei reati che hanno la loro oggettività giuridica nella offesa pudicizia, diviene insignificante nei reati che hanno l' oggetto loro nella lesa libertà. Malgrado ciò il codice Toscano ha ammesso questa minorante anche nel ratto, senza più distinguere (art. 290) nè fra donna innutta e donna maritata, nè fra violenza carnale consumata e semplice ratto: lo che sembrerebbe equivalere a questo che nelle meretrici si fosse considerata come di minor valore anche la libertà personale.

§. 1698.

Fra i criterii misuratori della quantità politica di questo reato noverarono i pratici la circostanza che la donna rapita fosse la *promessa sposa* (1) del suo rapitore. Questa regola, che i pratici ammisero forse per una vaga obbedienza al senso morale, può riannodarsi con i principii fondamentali della scienza moderna; riconoscendosi chiaro che simile circostanza diminuisce per grande misura il danno mediato, perchè si pensa facilmente da ognuno che colui non avrebbe osato altrettanto sopra una donna che gli fosse stata straniera. La idea di un certo diritto che illuse la coscienza del rapitore fa una funzione meramente morale: la considerazione che il fatto di questo colpevole si presenta come meno temibile all'universale dei cittadini giova veramente come criterio politico.

(1) Generalmente i pratici segnalarono il ratto della propria *sposa* come un caso meritevole di attenuazione: Grantz *de defensione reorum pars* 1, *cap.* 4, *n.* 114, *pag.* 151. Concordarono i più che il titolo di ratto dovesse mantenersi. Alcuni distinsero fra sponsali *de praesenti* e sponsali *de futuro*; ma in generale si ritenne come caso più lieve: Nevio *in l. un. C. de raptu virgin. n.* 6 — Deciano *tract. crim. lib.* 8, *cap.* 6, *n.* 5 *et seqq.* — Brunnemann *in l.* 4, *ff. ad leg. Juliam de vi publica n.* 10 — Farinaccio *quaest.* 145, *n.* 92 — Mattheus *de crim. lib.* 48, *tit.* 12, *cap.* 2, *n.* 12. A tale benignità fece per altro il Baldo *(in l. un. C. de raptu virginum)* una limitazione pel caso che la sposa volesse recedere dal contratto per farsi monaca e lo sposo l'avesse rapita per impedirle cotesto passo.

Ci dicono pure l'uno dopo l'altro i dottori che il marito che rapisca la moglie non è colpevole di ratto ma soltanto di violenza: ma per trovare nel marito i termini della violenza punibile bisogna immaginare delle circostanze eccezionali. Che si direbbe di un marito il quale dopo aver soggiaciuto nel giudizio di separaziono promossogli dalla propria moglie procedesse a rapirla? La sentenza di separazione facendo in lui cessare ogni diritto sul corpo della moglie, io non vedrei difficoltà di trovarvi i termini di violenza carnale se a ciò fosse giunto: o altrimenti i termini del ratto nella sua genuina figura di reato contro la libertà personale, in quanto il rapitore voleva costringere la donna a tornare presso di lui come moglie.

§. 1699.

In quanto alla complicità nel ratto torna acconcio ripetere ciò che già diverse volte ho notato (§. 477 e §. 1682) vale a dire che colui il quale a ratto già consumato, cioè quando già l'abduzione della donna è cominciata (chè fino a questo momento avremmo solo un ratto tentato) intervenne per improvvisa risoluzione a dare aiuto all'ulteriore allontanamento della donna e ad ulteriori restrizioni della sua libertà, presenta una figura meritevole di speciale considerazione. Costui non è un *ausiliatore* del ratto, perchè quantunque aiutasse ei però sopraggiunse a ratto già consumato, senza precedente concerto: non è un *coautore* a rigore di termini, per le stesse ragioni: non è un mero *fautore*, perchè non agì al fine di ingannare la giustizia. Ma è veramente un *continuatore* del ratto (1).

(1) Il ratto dagli antichi scrittori noverossi comunemente fra i delitti successivi: Claro *quaest.* 51, *n.* 3 — Fari-

naccio *quaest.* 10, *n.* 16 — Jousse *justice criminelle tom.* 1, *pag.* 585, *n.* 56. Maisonneuve (*exposé pag.* 28) invece sostiene che il ratto sia assolutamente un delitto *istantaneo*, seguendo in ciò la dottrina di Ortolan *élements tom.* 1, *n.* 756. Io già altrove mi sono permesso dubitare di siffatta proposizione, quando voglia prendersi come assoluta. Il momento della consumazione del ratto si riconosce da tutti nell' abduzione della persona per fine di libidine. Condotta la donna per frode o violenza, ed a codesto fine, fuori della casa propria, il ratto è consumato. Ma il rapitore all' indomani trova conveniente di trasportare la donna rapita dal luogo ove l' avea chiusa nel dì precedente. Ecco di nuovo la estrinsecazione dei momenti costitutivi di un ratto. Questo trasporto della donna dal primo luogo al secondo è un' abduzione di persona: fu violenta: fu a fine di libidine non ancora sfogata: esaurisce dunque i criterii costitutivi del *ratto*. Sarà egli un secondo *ratto?* E il colpevole dovrà in conseguenza punirsi come autore di due ratti, o (ripetendo la ipotesi) di tre, di quattro, di sei ratti, unificati soltanto per la dottrina della continuazione? Se il ratto si ritiene in modo assoluto che sia un delitto istantaneo bisogna venire a simile conseguenza, perchè il diritto alla libertà quantunque violato dalla prima abduzione rimase pur sempre nella donna dotato della sua pienezza e della sua violabilità; e fu di nuovo violato con la seconda abduzione. Ma io penso che in siffatti termini debbasi il ratto considerare come un delitto successivo. Suppongasi poi un' altra ipotesi, e si vedrà ad un tempo la importanza e la difficoltà di questa ricerca. Suppongasi che sia stata rapita una donna da Torino: di là condotta a Nizza, e da Nizza a Marsilia. Il ratto sarà egli commesso in Italia, o commesso in Francia? Se il ratto è un delitto *istantaneo*, evidentemente l' abduzione della donna da Nizza a Marsilia costituirà in sè un nuovo delitto completo di ratto, perchè quella donna da Nizza a Marsilia fu condotta contro sua volontà, a fine di libidine, ed in quel fatto si concretò una violazione del diritto in lei permanente alla sua libertà.

Le autorità francesi saranno competenti per giurisdizione propria e senza soccorso di trattati come delitto commesso in Francia, e puniranno l'abduzione da Nizza a Marsilia con le pene stabilite dal codice Francese. Se al contrario il ratto è un delitto successivo più difficilmente potrà disgregarsi il seguito dal principio. La competenza ne sarà italiana, e non potranno conoscerne i tribunali francesi tranne per virtù di trattati, e come di delitto commesso in Italia; e non potranno applicare che le pene italiane. Adesso facciasi un'altra ipotesi. Abdotta violentemente la persona fuori del suo domicilio a 50, 200, 1000 passi, continua a lottare. Il rapitore chiama in aiuto un conoscente che a caso incontra senza precedente accordo. Questi o per mercede o per amicizia lo aiuta. Sarà esso un correo di ratto o di plagio? Il senso morale risponde subito che sì. Ma per adattare cotesto responso alla formula giuridica bisogna domandarsi se il *ratto* ed il *plagio* sono veramente delitti istantanei? Dato che il ratto sia delitto istantaneo esso fu consumato con l'abduzione della vittima. Il terzo che sopravviene non può essere complice del delitto già consumato. Egli sosterrà una figura adesa ma non coesa al delitto, a somiglianza del ricettatore nel furto. Ma ciò repugna al senso morale. Bisogna dunque dire che il *ratto* ed il *plagio* sono delitti successivi e non delitti istantanei. D'altronde la scuola francese che tiene gran conto di questa distinzione, insegna che il delitto di detenzione arbitraria è delitto *successivo:* Maisonneuve *exposé pag.* 28 — *la séquestration illégale est un délit successif.* La contradizione che corre tra questo concetto e lo affermare che il ratto sia sempre delitto istantaneo, ferisce a colpo d'occhio. Quale è la ragione di così difforme opinione intorno a due condizioni di fatto cotanto analoghe, e per le quali si ferisce la identica oggettività giuridica, cioè la libertà individuale? Se male non mi appongo nelle mie congetture io penso che il disvario nasca da questo: che nel ratto e nel plagio gli scrittori i quali vollero dichiararli delitti *istantanei* si fermassero a guardare come punto essenziale e co-

stitutivo della consumazione la estrazione della vittima dal proprio *domicilio:* parmi che a loro sembrasse essersi esaurita completamente la offesa al diritto quando la vittima era stata tolta ai lari domestici o alla sua *libertà di fatto*, cosicchè negli ulteriori oltraggi recati alla sua *libertà di diritto* non si ripetesse alcuna successiva criminosità. Ma allora non doveva egli cotesto argomento ripetersi anche in proposito della carcerazione? Rinchiusa una volta la vittima, la offesa alla sua libertà di fatto è esaurita, come è esaurita nel ratto tostochè la donna è in balìa del rapitore. Nel prolungamento della detenzione per ulteriori giorni vi è una progressività di *spazio* in ordine al tempo. Nel prolungamento della abduzione per ulteriori miglia vi è una progressività di *spazio* nel *luogo* (che nella prolungata detenzione non è) ed avvi ancora una progressività di *spazio* necessariamente nel *tempo*. La offesa alla libertà di fatto si protrae e si ripete ad ogni miglio come si protrae e si ripete ad ogni giorno. Se la *libertà di diritto* si vuol considerare come non più suscettibile a costituire una violazione criminosa nel ratto dopo che la *libertà di fatto* fu tolta alla vittima, perchè non dovrà dirsi l' istesso nella detenzione? Oltre a ciò è egli veramente essenziale nel ratto l' abduzione dal *domicilio?* Io per fermo non lo credo. Si trovano pratici che *impropriano* il ratto caduto sopra donna mentre era fuori della casa propria: Cavalcano *de brachio regio pars 4, n.* 92. Ma ciò che i dottori dissero ad evitare la pena di morte non è sempre da accettarsi come buona teorica odierna. Se una donna è stata afferrata, imbavagliata, e condotta via mentre era fuori di sua casa, si ha bene il ratto, quantunque ella si trovasse nei campi altrui o in casa terza o nella pubblica via. Se si usa nel parlare del ratto e del plagio la formula *abduzione da domicilio*, si usa per riferirsi al caso e forma più ordinaria, ma non per fare del *violato domicilio* un estremo del delitto. L' abduzione violenta e criminosa comincia quando la vittima non più si muove in quella direzione che ella vorrebbe seguire, ma nella direzione che le impone la forza altrui. È un

delitto contro la libertà personale. Un minuto di rinchiudimento contro volontà lo consuma come lo consuma un passo di movimento contro volontà. Quando la donna può dirsi viuta dalla forza che la disvia è consumato il ratto; nè deve attendersi a ciò che il rapitore l' abbia chiusa nel suo castello: chè allora il ratto dovrebbe aver sempre la sua consumazione nel carcere privato, e ciò confonderebbe i due titoli e condurrebbe all' assurdo. Ma se la libertà di fatto è tolta così alla donna rinchiusa come alla donna vinta dal rapitore, rimane però sempre a lei la libertà di diritto che nuovamente torna a ledersi ad ogni momento ulteriore in cui si ripete lo stato di contradizione tra la forza che la signoreggia e le determinazioni della sua volontà. Penso dunque che sì l'uno come l'altro reato debbano noverarsi fra i delitti *successivi*. E qual sia la importanza pratica di questa distinzione fra delitti successivi e istantanei lo riconoscano i giovani studiosi nelle due applicazioni che ho qui toccate della competenza e della complicità. Questioni sottili sono queste; le quali io già non presumo dirimere, ma soltanto accennarne lo interesse e la gravità.

§. 1700.

Sorge disputa se il matrimonio del rapitore con la rapita nei casi nei quali esime da ogni pena l'autore principale, come nei casi in cui procura a lui una diminuzione di pena, debba estendere i suoi benefizi anche al complice del rapitore. Vedasi Voisin *de la complicité pag. 153,* dove allega nel senso sfavorevole al complice una decisione della Corte di Cassazione francese del 26 marzo 1834; e nel senso opposto favorevole al complice una decisione della stessa Corte del 2 ottobre 1852. Il Maisonneuve *(pag. 102, 103)* decide con tutta disinvoltura che il complice di ratto non può sottrarsi

alla pena ordinaria per la impunità che abbia ottenuto l' autore principale ammogliandosi con la rapita; senza prendersi neppure la pena di discutere la questione. Ciò non persuade l' animo mio. Quando la legge ha condonato la pena o l' ha ridotta a meno a favore dell' autore principale che abbia sposata la rapita, sia per cagione della presunzione di un intendimento meno pravo, sia per rispetto alla data riparazione, sia per il favore delle nozze, è una immoralità che mentre egli passeggia tranquillo con la sposa, ed usufruisce la dote così conquistata, gema per anni nel fondo di un carcere il povero vetturino che scientemente lo ajutò della sua vettura per il trasporto della rapita; o il colono che gli prestò momentaneamente una stanza di ricovero per guadagnare forse una ventina di lire. È una vera immoralità che non può trovare ragione di sè tranne in un tratto di bello spirito che proclami essere il matrimonio per il rapitore una pena più grave che non è il carcere pei suoi complici. Ma quando il ratto aveva per fine il matrimonio, l' autore principale ha conseguito mediante la effettuazione di questo la utilità che si proponeva raggiungere con l' azione delittuosa: esso ha ottenuto il premio del suo delitto, nè questa può dirsi una espiazione. E se la legge chiude un occhio sul fallo riguardo a lui, vuole equità che lo chiuda rispetto a tutti (1).

(1) Questa opinione trovo confortata dall'autorità di Blanche *cinquième étude n. 324, pag. 365.*

§. 1701.

La penalità (1) di questo delitto che l'imperatore Giustiniano *(l. un. C. de raptu virginum)* spinse fino alla morte (2) si è ridotta dai codici contemporanei a proporzioni più miti. Il codice Toscano (art. 284) punisce il ratto col carcere da uno a quattro anni se l'abuso della donna non è avvenuto; e quando questo sia avvenuto applica la pena della violenza carnale. Quale è stato il concetto a cui si è inspirato il codice Toscano con questa economia di penalità? Evidentemente quello stesso sul quale io ordino la teorica del ratto; quello cioè che il ratto quando non è susseguito da attentato al pudore non è che un delitto contro la libertà individuale: e che quando è susseguito da quello non è che una forma di violenza carnale. Il codice Sardo (art. 493) punisce il ratto con la relegazione estendibile ad anni dieci: ed applica poi (art. 496) le pene dello stupro violento accresciute di un grado quando il ratto sia stato susseguito da questo ulteriore delitto.

(1) Quanto alle penalità del ratto presso i popoli antichi vedasi Thonissen *études sur l' histoire du droit criminel vol. 2, Appendice A, cap. 5, §. 6, pag. 202.* E sulla penalità romana può consultarsi Cannegieter Hermanno *observationes juris Romani pag. 319.*

(2) Le leggi barbariche si contentarono in generale della composizione pecuniaria anche per il delitto di ratto *(legge salica tit. 14 — legge ripuaria tit. 34:* Walter *Corpus jur. german. antiqui, Berolini 1824, tom. 1, pars 1, pag. 24 et 174)* aggravando la multa secondo il numero dei

rapitori e pel concorso delle armi. Secondo alcuni farebbe eccezione a questa mitezza la legge dei Visigoti che ad opinione loro lo avrebbe punito di morte. Ma riscontrando il testo della legge Visigota nel Walter (*corpus jur. Germ. antiqui, tom.* 1, *pars* 2, *pag.* 474) trovo che anche questa legge non si dilungava dalle penalità pecuniarie, e soltanto quando il ratto fosse stato susseguito dallo stupro vi aggiungeva la flagellazione pubblica, ma non la spingeva fino alla pena di morte. E questo mi pare chiarissimo, poichè il testo medesimo ordina che il colpevole di ratto seguito da stupro sia spogliato in perpetuo della sua ingenuità, consegnato in servitù ai parenti della rapita, e siagli per sempre interdetto il matrimonio con la medesima. Disposizioni tutte che davvero non lasciano comprendere come siasi potuto da alcuni moderni scrittori spacciare la idea che i Visigoti punissero il ratto di morte: in questa guisa la storia della pena di morte non si fabbrica coi documenti ma sul Parnaso. Questa severità fu modificata dal *Fuero Juzgo (lib.* 3, *tit.* 3, *ley* 1, 5. 12) che ridusse la pena alla fustigazione: ma il *Fuero Real (lib.* 4, *tit.* 10, *ley* 1) portò la pena alla morte; la qual pena fu conservata dalle *Partidas (p.* 7, *tit.* 20, *ley* 3). La Carolina (*art.* 118) riunì in un solo dettato la previsione del vero ratto con quella del ratto improprio, ossia della fuga della donna dal marito o dal padre, e se ne rimise per la sanzione al prescritto del giure civile. Lo che fece opinare doversi mantenere in ambo i casi la pena capitale: Boehmero *meditat. ad art.* 118, *C. C. C.* — Brower *de jure connubioli lib.* 2, *cap.* 23, *n.* 28 — Kress *ad art.* 118, §. 2 — Carpzovio *quaest.* 75, *n.* 68 — Meister *principia* §. 318. La qual pena si mantenne fino alle moderne codificazioni anche nella Svizzera, dove (come altrove ho detto) fu spontaneamente accolta la Carolina come statuto penale: Seigneux *abrégé de jurisprudence criminelle cap.* 37, *pag.* 243. Il ratto era delitto capitale anche per le antiche leggi del Portogallo (*ordinanze lib.* 5, *tit.* 18 *in princ.* §. 3). In Francia la ordinanza del 1670

(tit. 1. art. 11) confermò la pena capitale contro il ratto; Rousseaud de la Combe *matières criminelles pag.* 45: ed è notabile la ordinanza di Orleans del gennajo 1560, ove si constata che molti ottenevano per favore delle così dette *lettres de cachet* in virtù delle quali sotto l' autorità reale rapivano le donzelle: tale abuso fu colpito da quella ordinanza, disponendo doversi procedere per ratto malgrado la patente regia; provvedimento che dovette rinnovarsi nell' art. 281 della Ordinanza di Blois del maggio 1579. Di morte pure punivasi per altri diritti statutari e consuetudinari: *statutum Carrariae* 15 *augusti* 1574, *lib.* 3, *cap.* 40 — *statutum Massae Alberici III lib.* 5, *cap.* 22: nella qual parte il rigore di quelli statuti fu confermato dalla legge della pietosa Beatrice D' Este del 7 decembre 1815 §. 22, n. 2 — De Mean *observationes ad jus Leodiensium observat.* 681 — Chassaneo *in consuetud. Burgundiae tit. de justices, n.* 45 *pag.* 71: ove nota una esecuzione capitale consumata il primo febbrajo 1496 in Parigi per un ratto quantunque non susseguito da copula. E invano a mitigare tanto rigore i pratici immaginavano distinzioni e limitazioni quale fu quella di Ippolito de Marsilis nei suoi *singolari (sing.* 74) il quale poneva come estremo della pena ordinaria la verginità della donna, allegando che lo avere la femmina già concesso i suoi favori ad un altro inducesse presunzione di avere acconsentito anche nel ratto: invano, io dico, perchè questi tentativi avevano raramente plauso dalla pratica in questo reato che nei passati secoli si guardò sempre con un odio notevolissimo. Vuole pure avvertirsi che in generale le legislazioni dei secoli passati colpivano indistintamente di morte anche il ratto improprio: e dopo ciò la storia ci manifesta che i ratti erano allora per ogni dove frequentissimi altrettanto quanto possono dirsi rarissimi ai giorni nostri.

FINE

DEL SECONDO VOLUME, E DELLA TERZA CLASSE

INDICE

DELLE RUBRICHE

(SEGUE) **SEZIONE PRIMA**

DELITTI NATURALI

CLASSE SECONDA

DELITTI CHE OFFENDONO LA PERSONA SENZA TOGLIERLE LA VITA

CLASSE TERZA

DELITTI CONTRO LA LIBERTA' INDIVIDUALE